Die Sicherungsübereignung von Warenlagern

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Hans Mansee

Referendar in Kiel

Berlin

Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf

1914

Referent:
Professor Dr. Wüstendörffer

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.
Bollenbeck: Sicherungsübereignung. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1910 S. 169 ff.
Bonnet: Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern. Stuttgart 1912.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.
Dietz: Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers? Badische Rechtspraxis, 1911 Bd. 77.
Dobriner: Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Dissertation. Heidelberg 1910.
Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. Mannheim 1908.
Düringer: Zur Lehre vom Sicherungskauf. Leipziger Zeitschrift 1908 S. 105 ff.
Düringer: Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung. Leipziger Zeitschrift 1911. S. 417 ff.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allg. Teil. Marburg 1911. Sachenrecht Marburg 1913.
Geißler: Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache. Juristische Wochenschrift 1905. S. 521 ff.
Gierke: Deutsches Privatrecht: Band II. Sachenrecht. Leipzig 1905.
Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 15. Juni 1911, betr. die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Leipziger Zeitschrift 1912. S. 97 ff.
Hallbauer: Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Bankarchiv 1911. S. 307 ff.
Heymann: Versuch einer neuen Konstruktion der Sicherungsübereignung und anderer fiduziarischer Rechtsgeschäfte. Deutsche Juristenzeitung 1912 S. 1509.
Hoeniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Mannheim-Leipzig 1911.
Kleinrath: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Eine kritische Betrachtung zu dem Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 15. Juni 1911. Leipziger Zeitschrift 1912 S. 104 ff.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. Nürnberg u. Leipzig. Zitiert: Reichsgerichtsräte.

Lilienthal: Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung. Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 542 ff.

Linckelmann: Die Sicherungsübereignung. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. VII. S. 207 ff.

Luetgebrune: Die Sicherungsübereignung, ein Konstruktionsversuch. Dissertation. Göttingen 1906.

Marck: Zur Konstruktion der Sicherungsübereignung. Deutsche Juristenzeitung 1913. S. 343 ff.

Möller: Zur Frage der Sicherungsübereignung. Juristische Wochenschrift 1912 S. 720 ff.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910. Allgemeiner Teil: Berlin 1908.

Oertmann: Zur Frage der Sicherungsübereignung. Deutsche Juristenzeitung 1911 Nr. 19 S. 1180 ff.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1906.

Pudor: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? Juristische Wochenschrift 1905 S. 314 ff.

Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. Juristische Wochenschrift 1908. S. 394 ff.

Schmall: Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nach bürgerlichem Recht, unter spezieller Berücksichtigung der Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Dissertation. Greifswald 1912.

Salinger: Sicherungsübereignung. Verhandlungen des 31. deutschen Juristentages 1912 S. 408 ff.

Schöndorf: Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden? Deutsche Juristenzeitung 1911. S. 701 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. 8. Auflage. Berlin 1907.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Auflage. München-Berlin 1912.

Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? Archiv für bürgerliches Recht 20. S. 240 ff.

Weißler: Zur Frage der Sicherungsübereignung. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1911 S. 547 ff.

Ziese: Sicherungsübereignung oder Pfandrecht? Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1905 S. 648 ff.

§ 1.

Eine der Hauptgrundlagen des modernen Verkehrs- und Wirtschaftslebens ist der Kredit. Dieser pflegt je nach der Güte des Kreditsuchenden ohne weiteres im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit oder aber nur gegen Stellung einer Sicherheit für den Kreditgeber gewährt zu werden. Der Kreditnehmer kann diesem Verlangen nach Sicherheit — dies dürfte der Regelfall sein — auf verschiedene Weise genügen, indem er dem Gläubiger ausstehende Forderungen verpfändet, Wertpapiere für ihn hinterlegt oder aber ein Pfandrecht an ihm gehörigen Sachen bestellt.

Diese Art der Sicherung wird aber immer nur ein Schuldner leisten können, der im Besitz von Vermögensstücken ist, die er auf kürzere oder längere Zeit aus der Hand geben und in seinem Wirtschaftsbetrieb entbehren kann. Oft wird aber auch der Fall vorkommen, daß er nur noch die für sein Geschäft und seine Lebensführung unentbehrlichen Gegenstände, seine Ladeneinrichtung, sein Warenlager, seine Möbel als positive Werte sein eigen nennt.

Auf die erwähnte Art und Weise kann er mit diesen Sachen den Sicherungszweck nicht erreichen. Deshalb hat man auf andere Weise versucht, auch diese unentbehrlichen Gegenstände Kreditzwecken zugänglich zu machen, ohne daß sich der Schuldner ihrer zu begeben braucht.

Aus diesem „wirtschaftlichen Bedürfnis" heraus hat man das Institut der Sicherungsübereignung geschaffen. Durch sie wird es auch dem wirtschaftlich Schwachen ermöglicht, Kredit zu erhalten, ohne daß er die für sein Fortkommen und seine Lebenshaltung unentbehrlichen Gegenstände aus der Hand geben muß, während andererseits auch dem Krditgeber die verlangte Sicherheit bestellt wird. Sie hat also zum Ziele, den Zwecken beider Parteien zu dienen, indem sie dem Gläubiger Sicherheit gewährt und zugleich dem Schuld-

ner die wirtschaftliche Ausnutzung auch der unentbehrlichsten Vermögensstücke zu Kreditzwecken möglich macht. Besonders dem sog. kleinen Mann, der in der Regel nicht mehr als seine Einrichtung und seine Arbeitsgeräte sein eigen nennt, wird in Fällen der Not, die Folge von Krankheit und wirtschaftlichen Krisen sein kann, dadurch geholfen werden, daß ihm durch den erhaltenen Kredit über die Zeit der Not hinweggeholfen und, wenn er Kleingewerbetreibender ist, die Grundlage für den Beginn eines neuen Geschäftes geboten wird. Werden die Zeiten später wieder besser, so kann der Schuldner seine Schuld nach und nach wieder abtragen.

Es liegt auf der Hand, daß die Sicherungsübereignung für solche Leute von großer wirtschaftlicher Bedeutung und auch wünschenswert ist. In der Natur der Sache aber ist es auch begründet, daß diese Art von Sicherstellung nicht auf den kleinen Mann beschränkt bleibt, daß auch andere Kreise sie sich zu Nutze machen. Solange noch Zwecke des reellen Verkehrs dabei verfolgt werden, mag es angehen. Sehr oft sind aber Schiebungen damit vorgenommen, was sich wegen der Unerkennbarkeit der Sicherungsübereignung nach außen unschwer erreichen läßt. Ein fauler, unreeller Geschäftsmann erhält in ihr ein treffliches Mittel, sich neuen Kredit zu verschaffen, obwohl er in Wahrheit schon längst nicht mehr existenzfähig ist und ein neues Darlehn ihn doch nicht wieder in die Höhe bringen kann, weil seine Überschuldung bereits zu groß ist.

Der Lieferant hingegen, der darauf vertraut, daß das Lager seines Kunden auch, wie es den Anschein hat, dessen Eigentum ist, und ihm daraufhin Waren zum Geschäftsbetriebe liefert — natürlich auf Kredit — wird oft zu seinem Nachteil getäuscht werden; denn, will er im Falle der Nichtzahlung seiner Forderung sich an das Lager des Schuldners halten, so muß er zu seiner großen Enttäuschung erfahren, daß dieses nicht seinem Schuldner, sondern einem Dritten gehört.

Infolge dieser der Sicherungsübereignung leider anhaftenden Übelstände sind denn auch die mannigfachsten Bedenken gegen sie laut geworden. Während sich in erster Zeit ein lebhafter Streit über ihre Zulässigkeit überhaupt entsponnen hat, ist jetzt, nachdem diese Frage durchweg zu ihren Gunsten entschieden ist, ein neuer Streit darüber entbrannt, ob die Sicherungsübereignung von Waren-

lagern, eine in unserm Wirtschaftsleben häufige Erscheinung, zulässig ist oder nicht. Sie hat viele Anhänger, besonders in der neuesten Zeit aber auch manche Gegner gefunden, ohne daß es bisher zu einer auch nur annähernden Einigung oder einer beide Teile befriedigenden Lösung gekommen ist.

Die Behandlung und Prüfung dieses Problems ist der Zweck der vorliegenden Schrift.

§ 2.

Die Hauptbedenken, die anfangs gegen die Sicherungsübereignung als solche geltend gemacht wurden, waren die, ob sie nicht gegen die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches über das Faustpfand verstoße und infolgedessen nichtig sei.

Die Ansichten über diese Frage waren lange Zeit geteilt; der Streit ist aber jetzt, wie schon gesagt, zu Gunsten derer entschieden, die die Sicherungsübereignung als besonderes Rechtsinstitut neben dem Pfandrecht gelten lassen wollen. Die Rechtsprechung, insbesondere das Reichsgericht, hat wiederholt ihren Standpunkt im erwähnten Sinne geäußert, auch die Wissenschaft ist bis auf wenige Gegner, die gegenüber der überwältigenden Mehrheit derer, die für Zulässigkeit der Sicherungsübereignung sind, außer Ansatz bleiben können, derselben Ansicht[1]).

Eine eingehende und durchaus zutreffende Begründung, weshalb die Sicherungsübereignung zugelassen ist, findet sich bei Schmall[2]).

Die Unzulässigkeit der Sicherungsübereignung wird von ihren Gegnern deswegen angenommen, weil mit ihr derselbe Zweck erreicht werde wie mit einer Pfandbestellung, eine solche aber nur durch körperliche Übergabe des Pfandobjekts bewirkt werden könne, hier also ein „in fraudem legis" handeln vorliege, woraus sich die Nichtigkeit des vorgenommenen Sicherungsgeschäftes ergebe.

Um diese Frage lösen zu können, muß man zunächst feststellen, welche Grundgedanken unserm Pfandrecht zu Grunde liegen, und

---

1) Literatur siehe S. 12 dieser Arbeit.

2) Schmall, S. 7ff.

sodann prüfen, ob mit ihnen die mit der Sicherungsübereignung verfolgten Zwecke in Einklang zu bringen sind oder nicht.

Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen kann nach §§ 1205 u. 1206 des bürgerlichen Gesetzbuches nur in der Weise bestellt werden, daß der Gläubiger durch körperliche Übergabe, die nicht durch Surrogate ersetzt werden kann, in den Besitz der Pfandsache gesetzt wird. Ohne Besitz ist kein Faustpfandrecht an Sachen denkbar; das ergibt sich klar aus § 1253, wonach das Pfandrecht erlischt, sobald der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder zurückgibt, und wonach ferner der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts im Falle der Rückgabe unwirksam ist.

Die Gegner der Sicherungsübereignung argumentieren nun so:

Zur Wirksamkeit einer gültigen Verpfändung sei körperliche Übergabe der Pfandsache erforderlich; denn ohne diese gelange das Pfandrecht nicht rechtswirkasm zur Entstehung. Denselben Erfolg wollten die Parteien aber durch die Sicherungsübereignung erreichen in der Weise, daß dem Gläubiger die Sache zu Eigentum übertragen werde, der Besitz derselben aber beim Schuldner verbleibe. Dies sei eine Umgehung des Pfandrechts; mit der Sicherungsübereignung werde wirtschaftlich nichts anderes erstrebt und erwirkt, als eine Pfandbestellung ohne körperliche Übergabe. Das sei aber nicht zulässig.

Demgegenüber führt Schmall[3]) aus, die zwingenden Normen des Privatrechts teile man ein in Gebots- und Verbotsgesetze. Erstere stellten lediglich die Voraussetzungen auf, unter denen ein rechtswirksames Verhalten zustandekäme, während die letzteren eine in ihrer Tragweite durchaus verschiedene Bedeutung hätten, je nachdem sie nur einer bestimmten Rechtsform ihre Gültigkeit versagten oder gegen den materiellen Inhalt eines Rechtsgeschäftes gerichtet seien.

Verbotsgesetze der ersten Art versperrten den Parteien lediglich einen ganz bestimmten Weg zu dem von ihnen erstrebten Erfolge, wobei es ihnen freistehe, diesen Erfolg auf andere Weise zu erreichen.

Die Verbotsgesetze der zweiten Art dagegen schlössen einen

---

3) Schmall, S. 9ff.

bestimmten Erfolg ganz aus, indem sie nicht nur einen, sondern alle Wege zum Ziele verböten.

Von einer Umgehung des Gesetzes könne nun nur solchen gegenüber die Rede sein, die ein Verbot enthielten, und unter diesen wiederum nur denen gegenüber, die einen wirtschaftlichen Erfolg ganz hätten ausschließen wollen, dies aber nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht hätten. Ein Gebotsgesetz dagegen könne überhaupt nicht umgangen werden, da jeder Versuch in dieser Richtung der Simulation ausgesetzt sei und das dissimulierte Geschäft auch nur dann gelte, wenn dessen Form gewahrt sei. Ein gesetzliches Gebot könne eben nur erfüllt werden oder nicht, ein Drittes gebe es nicht. Die Verbotsgesetze dagegen, die lediglich einen bestimmten Weg zum Erfolge versperrten, ließen ja gerade die Möglichkeit offen, auf einem andern Wege zum Ziele zu gelangen.

Es kommt daher darauf an, ob sich die Bestimmung des § 1205 als ein Gebots- oder ein Verbotsgesetz der eben erwähnten Art darstellt.

Bezüglich dieser Frage kann hier auf die Darstellung bei **Schmall**[4]) verwiesen werden, der zu dem Ergebnis kommt, die pfandrechtlichen Normen hätten Verbotscharakter dergestalt, daß bei beweglichen Sachen ein Ersatz der Übergabe durch „constitutum possessorium" nach § 930 ausgeschlossen sei.

Diesen Ausführungen wird in allen Punkten beigetreten. Durch § 1205 wird also eine Pfandbestellung ohne Übergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger verboten. Damit ist aber nach dem vorher Ausgeführten nicht gesagt, daß der wirtschaftliche Zweck, die Sicherstellung des Gläubigers, nicht auch auf andere Weise erreicht werden kann, und zwar ohne daß die der Sicherung dienende Sache auch körperlich dem Gläubiger übergeben wird; denn durch § 1205 ist ja lediglich der Weg einer Pfandbestellung ohne körperliche Übergabe ausgeschlossen. Verbotsgesetze dieser Art lassen aber gerade die Möglichkeit offen, auf anderem Wege zum Ziele zu gelangen, sie versperren nur den einen im Gesetz verbotenen Weg.

Zum gleichen Resultat kommt auch **Salinger**[5]): Wäre der

---

4) **Schmall**, S. 11 ff.
5) **Salinger**, S. 428.

Wille des Gesetzes, nur in Form des Faustpfandes Sicherung zu gestatten, dann könnte das zwar ein Verbot bedeuten, durch das die Sicherungsübereignung ausgeschlossen wird. Aber das Gesetz steht eben nicht auf diesem Standpunkt. An keiner Stelle sagt es, daß die Voraussetzungen, die zur Entstehung des Pfandrechts nötig sind, auch dann vorhanden sein müssen, wenn ein anderes Rechtsgeschäft zur Sicherung gewählt wird."

Im wesentlichen gleichlautend hat sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 22. Oktober 1910[6]) dahin geäußert, den §§ 1205 und 1253 sei nicht die Bedeutung beizumessen, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen nur im Wege einer Verpfändung erfolgen dürfe, insbesondere sei eine Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken nicht deshalb nichtig, weil der wirtschaftliche Erfolg in der Sicherung von Forderungen bestehe. Hierbei sei aber stets Bedingung, daß der Wille der Parteien ernsthaft auf Übertragung des Eigentums gerichtet gewesen sei.

Besonders dies letztere ist zu betonen und wird auch von der Wissenschaft durchgängig gefordert, die, wie schon oben erwähnt, die Sicherungsübereignung fast einmütig als zulässig anerkennt[7]).

Es ist somit für das folgende unbedenklich festzulegen, daß die Sicherungsübereignung als selbständiges Rechtsinstitut neben dem Pfandrecht rechtswirksam besteht, da sie keine Umgehung der §§ 1205 ff. des bürgerlichen Gesetzbuches darstellt, im Gegenteil nur ein anderer durchaus zulässiger Weg ist, denselben Erfolg auf andere Weise zu erreichen.

---

6) Juristische Wochenschrift 1911, S. 46.

7) Crome, III., S. 816; Düringer-Hachenburg, § 368, Anm. 124 ff.; Düringer, Leipziger Zeitschrift 1908, S. 104; Endemann, II., S. 911; Enneccerus-Kipp-Wolff, II., 1, § 163 I, 1 d S. 583; Hallbauer, Recht 1905, S. 633 u. 661; Hallbauer, Bankarchiv 1911, S. 308; Lilienthal, S. 542 ff.; Linckelmann, S. 229; Luetgebrune, S. 15 ff.; Luetgebrune, Juristische Wochenschrift 1910, S. 140; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 930, Anm. 5; Oertmann, Deutsche Juristenzeitung 1911, S. 1178; Planck, III., § 929, VII., § 930, Anm. 4, § 1205, Anm. 16; Staudinger, III., § 929, VII., § 930, Anm. 3, § 1205, Anm. 4; Staub, Anm. 94 u. 96 zu § 368; Reichsgericht Bd. 59 S. 148 ff.; Reichsgericht, 1. Dezember 1910, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1911, S. 181.

§ 3.

Wie schon oben S. 7 erwähnt, wird die Sicherungsübereignung anstelle einer Pfandbestellung gewählt, weil der Schuldner die Sicherungsobjekte teils zu Gebrauchs- und teils zu Erwerbszwecken auch fernerhin in der Hand behalten will. Wie schon der Ausdruck sagt, findet hier eine richtige Übereignung statt, d. h. der Schuldner überträgt dem Gläubiger das Eigentum an den Sicherungsstücken. Die Übertragung vollzieht sich nach § 929 des bürgerlichen Gesetzbuches, sobald dessen wesentlichen Anforderungen: Einigung und Übergabe genügt ist.

a) Dem ersten Erfordernis ist genügt, wenn sich die Parteien darüber einig sind, daß das Eigentum an den zu übereignenden Sachen auf den Erwerber übergehen soll.

b) Zu der vorerwähnten Einigung muß die Übergabe hinzutreten, d. h. dem Erwerber muß die Sache übergeben werden, indem ihm der unmittelbare Besitz, die tatsächliche Gewalt über die Sache, verschafft wird. Diese Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die den Sicherungszwecken dienenden Sachen soll jedoch bei der Sicherungsübereignung aus den vorerwähnten Gründen vermieden werden. Diesem wirtschaftlichen Bedürfnis, Verschaffung des Eigentums ohne körperliche Übergabe der Sache, wird § 930 gerecht. Dieser gewährt ein Übergabesurrogat, d. h. dem Erfordernis der Übergabe ist auch genügt, wenn zwischen Schuldner und Gläubiger ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, auf Grund dessen der Gläubiger (der Erwerber des Eigentums) den mittelbaren Besitz an der zu übertragenden Sache erwirbt.

Welche Rechtsverhältnisse geeignet sind, mittelbaren Besitz zu verschaffen, ergibt sich aus § 868.

Hier heißt es:

„Besitzt jemand eine Sache als Pfandgläubiger, Nießbraucher, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Auf die Sicherungsübereignung angewandt heißt das also, daß zu einer gültigen Eigentumsübertragung, bei der der Übertragende den Besitz der Sache behalten soll, außer der Einigung die

Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der im § 868 bezeichneten Art, auf Grund dessen der Erwerber (Gläubiger) den mittelbaren Besitz erlangt, vorliegen muß.

Ist diesen Erfordernissen genügt, so liegt ein gültiges „constitutum possessorium" vor, wobei, wie schon oben, S. 10 unten, erwähnt, aber stets Voraussetzung ist, daß die Parteien eine Übertragung des Eigentums ernstlich gewollt und nicht bloß eine verschleierte Verpfändung haben vornehmen wollen; denn, wenn dies der Fall, wäre die Eigentumsübertragung simuliert und nach § 117 als Scheingeschäft nichtig und ebenso nach § 117 Abs. 2 auch das dadurch verdeckte Geschäft, die Pfandbestellung, da dieser die gesetzliche Form — körperliche Übergabe — fehlen würde[1]).

Der Gläubiger wird also, vorausgesetzt, daß alle Erfordernisse erfüllt sind, durch die Sicherungsübereignung in vollem Umfange Eigentümer der übertragenen Sache. Daran ändert es nichts, daß der Gläubiger zur Rückübertragung verpflichtet ist, sobald die zu sichernde Forderung seitens des Schuldners bezahlt oder in anderer Weise erloschen ist. Dies sind lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den Parteien, welche die dingliche Rechtslage unmittelbar nicht berühren.

Dem ersten Erfordernis der Eigentumsübertragung nach § 930, dem Vorhandensein des Übertragungs- und Erwerbswillens, wird unschwer genügt, sofern nur der Wille der Parteien ernstlich darauf gerichtet ist.

Schwierigkeiten ergeben sich erst bei dem zweiten Erfordernis, der Vereinbarung eines geeigneten Rechtsverhältnisses nach § 868, dem Übergabesurrogat.

a) Es muß, so sagt man, ein konkretes oder individualisiertes „constitutum possessorium" vorliegen; ein sog. abstraktes Konstitut genügt nicht. Dies ist herrschende Lehre und auch in der Rechtsprechung einmütig anerkannt[2]).

Konkret heißt: es muß ein bestimmtes Rechtsverhältnis vorliegen, das die Grundlage, die „causa", für den mittelbaren Besitz des Gläubigers abgibt.

---

1) Vollenbeck, S. 169ff.

2) vgl. Literaturangabe, S. 15.

Von abstraktem Konstitut spricht man dagegen, wenn die Parteien lediglich vereinbart haben, daß der Veräußerer den Besitz für den Erwerber ausüben soll. Hier fehlt es an einer „causa" für die Besitzausübung d. h. das in § 868 erforderte ähnliche Verhältnis, das den mittelbaren Besitz verschafft, ist nicht vorhanden.

Daraus ergibt sich schon, daß ein solches abstraktes Konstitut nicht genügen kann. Wenn Dietz[3]) demgegenüber ausführt, eine Vereinbarung dahin, der Veräußerer solle den Besitz für den Erwerber ausüben, sei doch ein durchaus greifbares konkretes Verhältnis, so muß dem entgegen behauptet werden, daß er den Begriff „konkretes Konstitut" mißversteht. Es genügt eben nicht, daß die Vereinbarung selbst eine konkrete Lebens- und Wirtschaftserscheinung ist, sondern es ist vielmehr das Zugrundeliegen eines Rechtsverhältnisses nötig, dessen Ausfluß eben das Besitzverhältnis ist, eines Rechtsverhältnisses, auf das es gegründet ist derart, daß es erst den mittelbaren Besitz zur Entstehung gelangen läßt.

„Als ähnliches Verhältnis kann niemals ein Verhältnis genügen, bei dem das Versprechen, die Sache herauszugeben — was für die nach § 868 geeigneten ähnlichen Rechtsverhältnisse wesentlich ist — ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund gegeben, die Verpflichtung vielmehr selbständig begründet worden ist[4]).

Einem gültigen Konstitut muß sonach stets ein kausales Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art zu Grunde liegen.

β) Wie müssen nun diese Rechtsverhältnisse beschaffen sein? Das ist zunächst festzustellen.

Das wesentliche Kriterium für die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse, so führt Hoeniger[5]) aus, ist stets, daß für den Erwerber ein Herausgabeanspruch entsteht, sei es, daß ein vorhandener ihm übertragen, sei es, daß ein neuer für ihn begründet wird. Das Entscheidende ist also: der Erwerber muß als Traditions-

---

3) Dietz, S. 7 ff.

4) Hoeniger, S. 23 ff.; Düringer-Hachenburg, § 368, Anm. 126 cc; Planck, § 930, Anm. 3; Staub, § 368, Anm. 97; Staudinger, § 930, 1 b *β*; Reichsgericht, Band 49, S. 170; Reichsgericht, Band 54, S. 398; Reichsgericht, Warneyer Erg., Band 1910, S. 419.

5) Hoeniger, S. 28 ff.

surrogat einen Herausgabeanspruch erhalten; zur Begründung eines gültigen Konstituts genügt demnach nur ein solches Rechtsverhältnis, das dem Erwerber einen Herausgabeanspruch verschafft.

Diesen Ausführungen ist unbedenklich zu folgen. Ihre Richtigkeit ergibt sich auch schon ohne weiteres bei eingehender Prüfung der in § 868 beispielsweise erwähnten Rechtsverhältnisse, kraft deren der Erwerber mittelbarer Besitzer wird. Dem mittelbaren Besitz ist eben das eigen, daß der Innehaber desselben neben dem unmittelbaren Besitzer in gewisser Beziehung ebenfalls in einem Gewaltverhältnis zu der Sache steht, insofern nämlich, als er berechtigt ist, unter Umständen auf die Sache einzuwirken; diese Einwirkung tritt eben in dem Augenblick in die Erscheinung, wo die Zeit, für die der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber zum Besitze berechtigt ist, abläuft. Dann kann er die Herausgabe der Sache verlangen; denn der andere war nur „auf Zeit" zum Besitze berechtigt. Da aber die „Besitzberechtigung auf Zeit" Kriterium der Rechtsverhältnisse nach § 868 ist, — dies ergibt schon der Wortlaut der genannten Bestimmung — so muß daraus notwendig gefolgert werden, daß der unmittelbare Besitzer nur auf einen bestimmten Zeitraum, der sich teils aus dem Rechtsverhältnis, das zwischen den Parteien besteht, von selbst ergibt, zum Teil auch durch eine Rechtshandlung des mittelbaren Besitzers (Kündigung) bestimmt werden kann, zum Besitze berechtigt sein darf. Endet also die Besitzberechtigung des unmittelbaren Besitzers auf irgend eine Weise, so tritt das Einwirkungsrecht des andern in die Erscheinung, indem er nun die Herausgabe der Sache verlangen kann.

Im gleichen Sinne äußert sich das Kommentar der Reichsgerichtsräte[6]):

„Es ist nicht nötig, daß der mittelbare Besitzer auf die Sache selbst einzuwirken imstande ist; es genügt vielmehr, wenn er die Sache von einem bestimmten Zeitpunkt ab an sich ziehen kann, um auf diese Weise seine bisher nur mittelbaren Beziehungen zur Sache zu unmittelbaren zu vervollständigen. Zu einem gewissen Zeitpunkt

6) Reichsgerichtsräte, § 868, Abs. 2. Im selben Sinne: Biermann, § 868, Anm. 2; Endemann, II, S. 126, § 32; Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 1, § 8 I 1, S. 22 und 2 S. 24; Geißler, S. 522; Salinger, S. 443; anderer Ansicht: Reichsgericht, Juristische Wochenschrift 1913, S. 432 ff.

muß schließlich ein Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler entstehen. Dieser Anspruch ist das, was den mittelbaren Besitz recht eigentlich trägt."

Weniger weit geht das Reichsgericht[7]), das es schon für ausreichend hält, daß das vereinbarte Rechtsverhältnis eines Tages zu Ende gehend gedacht wird, wobei es aber keineswegs gesagt sei, daß es gerade durch Herausgabe an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen muß.

Begründend führt es hierzu aus, daß mit Rücksicht hierauf auch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts als geeignetes Rechtsverhältnis im Sinne von § 868 anerkannt sei, obwohl dessen regelmäßig vorausgesetzte Beendigung durch Zahlung des Kaufpreises den Käufer gerade endgültig von der Herausgabepflicht befreie. Im Einklang hiermit habe der erkennende Senat in einer Entscheidung vom 21. November 1912 ausgesprochen, es sei nicht vorgeschrieben, daß das betreffende Verhältnis gerade durch Herausgabe an den mittelbaren Besitzer endigen müsse, und nicht unzulässig, wenn die Vertragschließenden als regelmäßigen Abschluß des Rechtsverhältnisses in Aussicht nehmen, daß der unmittelbare Besitzer Eigentümer der Sache werde.

Das Reichsgericht geht danach in seiner Auslegung des § 868 sehr weit. Ob mit Recht, ist zweifelhaft. Zuzugeben ist, daß bei den in § 868 als Beispiel für ein „ähnliches Verhältnis" aufgestellten Rechtsverhältnissen infolge Parteivereinbarung gelegentlich der Fall vorkommen kann, daß der unmittelbare Besitzer Eigentümer der Sache wird. Der Gesetzgeber hat aber zweifellos nur den Regelfall im Auge gehabt, daß das betreffende Rechtsverhältnis zu seiner Zeit enden und der mittelbare Besitzer die Sache zurückerhalten soll, d. h. sie zur gegebenen Zeit soll herausverlangen dürfen.

Auf ganz anderem Gebiete dagegen sucht Kleinrath[8]) die Kennzeichen des mittelbaren Besitzes, er nimmt eine Art vermittelnde Haltung ein. Er findet sie darin, daß der unmittelbare Besitzer ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht hat, sein Besitz also dadurch abgeleitet erscheint, daß dem mittelbaren Besitzer

---

7) Reichsgericht, Juristische Wochenschrift 1913, S. 432 ff.

8) Kleinrath, S. 110; im gleichen Sinne: Bonnet, S. 35.

der Vermögenswert der Sache verbleibt. Nach seiner Ansicht liegt das Kriterium auf wirtschaftlichem Gebiete. Dem ist entgegenzutreten; das Bedenkliche steckt eben darin, daß Kleinrath auf wirtschaftlichem Gebiete sucht, was nach juristischen Grundsätzen zu entscheiden ist. Er würde auf seine Art und Weise auch zu keinem festen Ergebnis kommen, da das von ihm herausgefundene Unterscheidungsmerkmal mit dem Wirtschaftsleben, das erfahrungsgemäß ebbt und flutet, wechseln würde, während für die juristische Feststellung eines rechtlichen Faktums festumrissene Normen notwendig sind, die sich nicht von heute auf morgen verändern.

Diesen Anforderungen entspricht das Kriterium des Herausgabeanspruches jedenfalls. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Verlangen nach dem Vorhandensein eines solchen fallen gelassen werden sollte. Er muß nach unserer Ansicht vorhanden sein; fehlt er, so ist auch kein mittelbarer Besitz da. Bei einer gültigen Sicherungsübereignung durch „constitutum possessorium" muß er mithin vorliegen.

§ 4.

a) Die Vereinbarung eines wirksamen Konstituts kann bei Einzelsachen, die der Schuldner dauernd behält, z. B. seine Wohnungseinrichtung, seine Arbeitsgeräte und andere ähnliche Gebrauchsgegenstände, die er täglich benötigt und zur Hand haben muß, nicht zweifelhaft sein. Abgesehen von der Einigung über den Eigentumswechsel ist auch der Herausgabeanspruch für den Sicherungsgläubiger gegeben. In dem Augenblick, wo das Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers endet, ist der Erwerber auf Grund des unterliegenden Rechtsverhältnisses berechtigt, die Sache, die während der Besitzzeit des andern stets die gleiche geblieben oder doch wesentliche Veränderungen nicht erfahren hat, an sich zu ziehen und gegebenenfalls für sich zwecks Tilgung der gesicherten Forderung zu verwerten.

b) Wesentlich anders gestaltet sich die Sachlage aber in dem Augenblick, wo Sachgesamtheiten Gegenstand der Übereignung sind, die der Schuldner nicht dauernd behält, wie es z. B. bei einem Warenlager der Fall ist, das wohl zumeist aus vertretbaren Sachen besteht, und dessen Zweckbestimmung darin besteht, daß sein Bestand

veräußert wird, daß Neuanschaffungen erfolgen, sobald solche im Geschäftsbetriebe notwendig werden, daß also ein ständiger Wechsel der das Warenlager bildenden Einzelsachen stattfindet.

Sehr einfach würde sich die Rechtslage nun gestalten, wenn das Gesetz Sachgesamtheiten als Rechtsobjekt kennen würde, dergestalt, daß die Sachgesamtheit als solche übertragen und später eine gleich große und gleich werte Menge von Sachen zurückgegeben werden könnte, wenn man, mit andern Worten, ein Warenlager als Einzelsache behandeln dürfte, die von dem Wechsel der Waren unabhängig ist.

Einen Sachinbegriff in dieser Beziehung kennt das bürgerliche Gesetzbuch nicht. „Es fehlt, von einzelnen Ansätzen abgesehen, die gesetzliche Anerkennung der Sachgesamtheit. Im Gegenteil wird in § 92, Abs. 2, deutlich zwischen Sachinbegriff und einzelnen Sachen unterschieden"[1]).

Die Sachgesamtheit hat für das Gesetz eben nur Bedeutung als wirtschaftliche Einheit, nicht aber als Rechtsbegriff. „Eine bloß wirtschaftliche Einheit aber ist keine Sache"[2]). Gegenstand des Eigentums können eben immer nur die die Sachgesamtheit bildenden Einzelsachen sein. Wie schon erwähnt, sollen diese jedoch bestimmungsgemäß wechseln.

Hier setzen nun die Bedenken ein, ob bei wechselndem Bestande ein geeignetes Rechtsverhältnis im Sinne von § 868 vereinbart werden kann, das den für ein solches festgestellten Erfordernissen gerecht wird. Daß dies aber nicht möglich ist, hat zuerst Hoeniger[3]) betont und dahin formuliert:

> „Die Berechtigung zur freien Verfügung über die Sache ist die direkte Negation des Herausgabeanspruchs auf die konkrete Sache."

Dieser Satz ist zweifellos richtig. Ihm folgend erklären daher auch Hallbauer[4]) und Oertmann[5]) die Möglichkeit der

1) Oertmann: Kommentar, I, § 90, 2 bα, β, aa, S. 240 oben.

2) Reichsgerichtsräte, § 90, 1; Enneccerus-Kipp-Wolff, I, § 114, II, Abs. 1 u. 2. S. 289; Planck, § 90, 3; Staudinger, III, Vorb. zu § 90, III, 2 c; Reichsgericht, Band 53, S. 219 ff.

3) Hoeniger, S. 32.

4) Hallbauer, S. 309.

5) Oertmann, Deutsche Juristenzeitung, S. 1182.

Konstruktion eines geeigneten Rechtsverhältnisses im Sinne von § 868 mangels Entstehens eines Herausgabeanspruchs für den Gläubiger für ausgeschlossen und undenkbar.

Gegen dese Darstellung wendet sich Schmall[6]). Daß der Erwerber einen Herausgabeanspruch erhalten müsse, sei selbstverständlich. Ein den Anforderungen nach § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis liege schon vor, wenn die Parteien vereinbarten, der Schuldner solle den Besitz an den fraglichen Sachen bis zur Veräußerung behalten; denn Erfordernisse eines ähnlichen Verhältnisses nach § 868 seien außer der Einigung:

I. daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableite, und

II. daß das Recht des unmittelbaren Besitzers zeitlich beschränkt sei.

Diesen Erfordernissen sei bei den oben erwähnten Parteivereinbarungen genügt; es sei nicht nötig, daß die zu Grunde gelegten Rechtsverhältnisse immer die Form der in § 868 beispielsweise genannten aufwiesen; im bürgerlichen Gesetzbuche herrsche Vertragsfreiheit, ein Anklammern an eintypische Normen sei nicht erforderlich, im Gegenteil, dies führe zu einer bedauerlichen Beschränkung in der Wahl der den Parteien zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Auch der Herausgabeanspruch sei gegeben, nur sei er resolutiv bedingt durch die Veräußerung der Waren; bis zu dem Zeitpunkte, wo diese erfolge, bestehe er.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß das von Schmall vorgeschlagene Rechtsverhältnis nichts anderes ist als ein abstraktes Konstitut. Für die „causa", die den Erwerber zum Besitz berechtigen soll, ergibt der Vertrag nichts; es ist einfach gesagt, der Veräußerer solle den Besitz bis zu einem gewissen Zeitpunkt, dem der Veräußerung, behalten. Daß dies aber nicht genügt, ist bereits hinreichend erörtert.

Die Konstruktion Schmalls scheitert also schon an dem Mangel eines konkreten Konstituts. Aber hiervon abgesehen fehlt es auch an dem Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache. Ein auflösend bedingter Herausgabeanspruch wird den Anforderungen

6) Schmall, a. a. O.

nicht gerecht, die man an einen solchen, wie ihn § 868 erfordert, stellen muß. Ein Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache muß für den Erwerber gegeben sein, das ist festgestellt, d. h. der Gläubiger muß berechtigt sein, die im Vertrage bezeichneten Sachen zu einem bestimmten Zeitpunkt an sich zu ziehen. Hier ist es nur ungewiß, wann dieser Zeitpunkt eintritt, während die Sache selbst keineswegs unbestimmt ist. Schon beim Vertragsschluß steht es fest, um welche Sache es sich handelt; über sie besteht also kein Zweifel, darf es auch nicht; sie muß folglich auch dieselbe bleiben und darf mithin nicht wechseln. Handelt es sich aber um Sachen, die veräußert werden sollen, so ist es ganz unsicher, ob die beim Vertragsschluß vorhandenen auch noch zu der Zeit da sind, wo der Gläubiger gegebenenfalls berechtigt wird, die Sachen an sich zu ziehen. Das ist aber nicht angängig; es fehlt die feste Beziehung zur konkreten Sache; diese verträgt schon begrifflich keine Bedingung in dem von Schmall gewollten Sinne.

Dies ergibt sich auch noch aus einem anderen Gesichtspunkte, daß nämlich der Schuldner den Herausgabeanspruch des Gläubigers durch die ihm gestattete Veräußerung jederzeit illusorisch machen könnte. Es fehlt also an irgend einer festen Beziehung zur konkreten Sache für den Gläubiger. Unter solchen Umständen aber von einem Herausgabeanspruch, der den Anforderungen aus § 868 gerecht wird, zu sprechen, erscheint verfehlt.

Damit entfällt jede Grundlage für die Brauchbarkeit der Schmallschen Konstruktion.

Es ist oben, S. 19, bereits erwähnt, daß die vorerörterten Schwierigkeiten in Fortfall kommen würden, wenn das Gesetz eine Sachgesamtheit als Rechtsinstitut kennen würde, derart, daß sie wie eine Einzelsache behandelt werden und wie eine solche Gegenstand besonderer Rechte sein könnte. Grundsätzlich erkennt das Gesetz aber eine Sachgesamtheit nur als wirtschaftliche Einheit an, der auch nur als solcher eine rechtliche Bedeutung beizumessen ist. Durch einzelne Sonderbestimmungen ist dieser wirtschaftlichen Bedeutung der Sachgesamtheit allerdings im Gesetze Rechnung getragen worden, so z. B. durch die Vorschrift des § 1048[7]), der folgenden Inhalt hat:

7) Enneccerus-Kipp-Wolff, I, § 114 II, Abs. 1 u. 2, S. 289;

„Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand eines Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang, sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört."

α) Diese Bestimmung ist von Dobriner und nach ihm Schmall zu einer Konstruktion der Sicherungsübereignung benutzt worden, die auf den ersten Anblick viel für sich hat.

Sie konstruieren für den Schuldner einen sog. Dispositionsnießbrauch an dem Warenlager, den sie durch analoge Anwendung der zitierten Bestimmung des § 1048, daß nämlich der Nießbraucher eines Grundstücks über das Inventar verfügen darf, gewinnen.

Daß § 1048 das Inventar nicht bloß als wirtschaftliche Einheit sondern als Rechtsobjekt behandelt, kann nicht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, ob diese Bestimmung analog auf ein Warenlager oder auf andere Sachgesamtheiten angewendet werden darf; denn wenn dies der Fall, so ist den Anforderungen, die an ein ähnliches Verhältnis nach § 868 zu stellen sind, zweifellos genügt. Es fehlt nicht mehr an dem Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache; denn Gegenstand des Vertrages sind in diesem Falle nicht die einzelnen Sachen sondern das Warenlager selbst, der Inbegriff der Einzelstücke, der einer Sache im Sinne des Gesetzes rechtlich vollkommen gleich steht.

Die analoge Anwendung der genannten Bestimmung wird, soweit die Frage überhaupt berührt ist, in Anlehnung an die Motive zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches[8]) unbedenklich zugelassen[9]). Salinger[10]) läßt es dahingestellt, ob § 1048 auch auf

---

Oertmann: Kommentar, § 90, 2 b *βαα*; Planck, I, § 90, Anm. 3; Reichsgerichtsräte, § 90, Anm. 1; Staudinger, I, § 90, Vorb. III, 2 c, a, f.

8) Motive, III, S. 512 u. 513.

9) Schmall, a. a. O.; Dobriner, a. a. O.; Crome, III, S. 520; Planck, III, § 1048, Anm. 5; Staudinger, III, S. 1048.

10) Salinger, S. 441.

Warenlager angewendete werden dürfe, meint aber, daß eine dahingehende Parteivereinbarung wohl zulässig sei, kommt also praktisch zum gleichen Ergebnis wie die vorher zitierten.

Bei näherer Prüfung ergeben sich aber doch bald wichtige Bedenken. Eine analoge Anwendung eines Rechtssatzes auf ein anderes Verhältnis setzt stets voraus, daß beide Tatbestände sich in der Interessenlage und in den entscheidenden Punkten gleichen, daß innere Gründe dafür sprechen, beide Tatbestände gleichmäßig zu behandeln.

Bei einer vergleichsweisen Betrachtung des Grundstücksinventars und eines Warenlagers springt sofort ein Unterschied ins Auge. Das Warenlager bildet ein geschlossenes Ganzes, eine selbständige wirtschaftliche Einheit. Das Inventar eines Grundstücks dagegen ist abhängig von der es beherrschenden, übergeordneten Sache, dem Grundstück; es empfängt seine Bedeutung erst durch diese wirtschaftliche Beziehung zur Hauptsache. Infolge dieses Abhängigkeitsverhältnisses erfordert es die in § 1048 ihm gewordene Sonderbehandlung. Das Inventar folgt als Zubehör notwendiger Weise den Schicksalen der Hauptsache, des Grundstücks. Es steht immer in fest geordneten Beziehungen zu dem Grundstück. Ist es von diesem getrennt, so verliert es in der Regel seine Eigenschaft als Inventar, es ist dann nur noch eine Menge einzelner Sachen.

So macht auch Oertmann[11]) einen Unterschied zwischen Warenlager und Inventar, da bei diesem die körperliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Hauptsache eine entschieden größere sei als bei jenem.

Zweckmäßigkeitsgründe haben die besondere Behandlung des Inventars im Falle der Nießbrauchbelastung des Grundstücks zum Anlaß gehabt. Es wäre unpraktisch und unzweckmäßig, sollte der Nießbraucher jedesmal bei einer notwendig werdenden Veräußerung eines Inventarstücks an den Eigentümer herantreten. Solche werden besonders bei landwirtschaftlichem Inventar — um solches handelt es sich in der Praxis auch zumeist — oft nötig werden, eine Verzögerung aber kann leicht wirtschaftliche Nachteile zur Folge haben. Deshalb ist dem Nießbraucher das Veräußerungs-

11) Oertmann: Kommentar, § 90, 2 b$\alpha\alpha$.

recht gegeben und dementsprechend die Ersatzanschaffungspflicht auferlegt worden.

Nur infolg seiner wirtschaftlichen Eigenart ist die besondere Behandlung des Inventars in § 1048 gegeben, ist es als Sachgesamtheit rechtlich anerkannt.

Bei einem Warenlager fallen diese Gesichtspunkte fort. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier die gleichen Grundsätze wie beim Inventar gelten sollten. Die inneren gleichartigen Beziehungen zwischen beiden, die eine gleichartige rechtliche Behandlung notwendig machen oder auch nur zweckmäßig erscheinen lassen könnten, fehlen vollkommen. Außerdem ist dabei noch zu berücksichtigen, daß das Warenlager seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach zur Veräußerung kommen, während das Inventar durchweg dem Grundstück in seinem ursprünglchen Bestande erhalten bleiben soll und eine Veräußerung von Inventarstücken nur gelgentlich vorkommen wird, falls eine solche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft sich als notwendig herausstellt.

Es sind also verschiedene Unstimmigkeiten vorhanden, die eine gleichmäßige Behandlung verbieten.

Zu demselben Ergebnis kommt das Oberlandesgericht Rostock[12]).

„Spezielle Vorschriften enthalten die §§ 588 und 1048 für Inventar. Damit aber, daß das Gesetz diese Sondervorschriften für notwendig erachtet hat, erhellt, daß kein allgemeiner Grundsatz hat anerkannt werden sollen."

Dieser Entscheidung ist unter Beziehung auf das vorher Ausgeführte beizutreten. Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß § 1048 von „Grundstück mit Inventar" spricht, nicht aber von dem Inventar allein, daß der genannte Sachinbegriff also in einer engen Zugehörigkeit zu dem Oberbegriff, dem Grundstück, steht, während bei einem Warenlager eine solche gänzlich fehlt, wie sie aber beispielsweise in der Beziehung zu dem Geschäft denkbar sein würde, mit anderen Worten, wenn „Geschäft mit Lager" Gegenstand des Nießbrauchs wäre.

---

12) Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band 18, S. 133; ebenso: Bonnet, S. 44.

Aber auch in diesem Fall müßte die Möglichkeit einer Analogie aus denselben Gründen abglehnt werden; denn innere Gründe, die eine gleichartige rechtliche Behandlung rechtfertigen könnten, fehlen auch hier.

Für eine Verallgemeinerung des Prinzips aus § 1048 ist demnach kein Raum. Ein Warenlager kann nicht als solches mit einem Nießbrauch belastet werden; dies läßt sich nur erreichen, indem an jedem einzelnen Stück ein Nießbrauch bestellt wird, oder durch Bestellung eines sog. uneigentlichen Nießbrauchs nach § 1067, der aber für den hier gewollten Zweck nicht verwertbar ist[13]).

Das Resultat der Untersuchung ist also, daß es einen Dispositionsnießbrauch an einem Warenlager nicht gibt, daß folglich eine Ersatzübergabe auch auf diesem Wege nicht vorgenommn werden kann. Damit scheidet der einzige vielleicht denkbare Weg, auf dem eine Sicherungsübereignung von Warenlagern sich konstruieren ließe, aus.

β) In der Praxis sind zu Sicherungszwecken mittels Konstitut bei übereignung von Warenlagern anfänglich Miete, Verwahrung und Leihe als geeignete Rechtsverhältnisse angesehen worden. Daß diese versagen, ergibt sich schon daraus, daß es sich bei ihnen stets um Sachen handelt, die der Schuldner behalten muß, die er auf keinen Fall veräußern darf.

γ) Nachdem diese Erkenntnis weitere Kreise durchdrungen, suchte man ein anderes Rechtsverhältnis und fand als geeignet das Kommissionsverhältnis, das seither viel zur Anwendung gekommen ist.

Aber auch dieses versagt bei näherer Betrachtung seiner Eigenart bald, abgesehen davon, daß es auch hier an dem Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache fehlt. Ein Kommissionär soll für fremde Rechnung und in eigenem Namen kaufen und verkaufen. Schon hier ergibt sich ein wesentlicher Unterschied mit dem Rechtsverhältnis, welches die Parteien haben schaffen wollen. Der Schuldner soll für eigene Rechnung tätig werden, er soll allein Gewinn und Verlust tragen, er ist nach außen hin der alleinige

---

13) anderer Ansicht: Bonnet, S. 45 ff.; allerdings zu Unrecht; denn er trägt dem Erfordernis nach einem Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache keine Rechnung.

Geschäftsinhaber. Schon diese Verschiedenheit ist so wesentlich, daß von einem ähnlichen Verhältnis kaum noch gesprochen werden kann.

Nebenher bestehen aber noch mehrere andere Unstimmigkeiten zwischen dem wirklichen Willen der Parteien und dem Wesen des Kommissionsvertrages, wie Hoeniger[14]) eingehend nachweist, die seine Anwendbarkeit schon begrifflich ausschließen.

„Der Sicherungsübereignungsvertrag, dem ein Kommissionsverhältnis zu Grunde liegt, steht nämlich nicht nur mit den wesensbestimmenden Elementen des Kommissionsvertrages, mit dessen Legaldefinition, im Widerspruch; es kann vielmehr auf dieses Rechtsverhältnis auch keine einzige der Normen des dritten Abschnittes des dritten Buches des Handelsgesetzbuches angewandt werden. Die Beurteilung eines Sicherungsübereignungsvertrages nach den Regeln des Kommissionsvertrages würde zu Ergebnissen führen, die mit dem unzweifelhaften Willen der Parteien in offenbarem Widerspruch stehen. Kommissionsgeschäft ist nur, was nach den Regeln dieses Geschäftes passend behandelt werden kann."

In gleichem Sinne äußert sich auch Oertmann[15]).

Das, was die Parteien wirklich wollen, ist gar kein Kommissionsgeschäft; das, was sie als solches bezeichnen, ist in Warheit etwas ganz anderes, was mit jenem kaum eine Ähnlichkeit hat, so daß sich auch schon aus diesem Grunde mit der Kommissionsklausel eine Sicherungsübereignung wirksam nicht vollziehen läßt.

Allerdings sind diese Ausführungen nicht unbestritten[16]); insbesondere haben sich hiergegen Düringer[17]) und Weißler[18]) gewandt.

Die Argumente des ersteren, der vor allem Hoeniger zu widerlegen sucht, können indeß nicht von der Unrichtigkeit der Hoenigerschen Theorie überzeugen. Gleich im Anfange seiner Ausführungen findet sich ein Widerspruch. Nachdem er eben noch zugegeben, ein Warenlager mit wechselndem Bestande sei kein ge-

---

14) Hoeniger, S. 17 ff.

15) Oertmann: Deutsche Juristenzeitung 1911, S. 1182; in gleichem Sinne: Gutachten der Berliner Kaufmannschaft, LZ., 1911, S. 101.

16) Düringer, LZ., 1908, S. 205; Salinger, S. 441.

17) Düringer, Leipziger Zeitschrift 1911, S. 417 ff.

18) Weißler, S. 547.

eignetes Objekt für eine Sicherungsübereignung, sagt er im selben Zuge, die Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses sei geeignet, den Gläubiger zu sichern. Wie denkt er sich diese Sicherung anders als in der Form eines Sicherungsübereignungsvertrages, wo sich doch bei seiner Kontroverse mit Hoeniger alles darum dreht, ob ein solcher rechtswirksam ist oder nicht. Er müßte schon Hoeniger völlig mißerverstanden haben; denn dieser will keineswegs bestreiten, daß ein Gläubiger seinem Schuldner Waren in Kommission geben kann, er behauptet lediglich, daß eine nachträgliche Vereinbarung der genannten Art nicht angängig sei, während Düringer im Gegensatz hierzu dies für möglich hält. Eine derartige nachträgliche Vereinbarung ist aber tatsächlich nichts anderes als der Versuch einer Übereignung durch constitutum possessorium; denn um die Waren dem Schuldner in Kommission geben zu können, muß der Gläubiger doch erst Eigentümer werden. Wie dieser Erfolg in rechtlich zulässiger Weise erreicht werden könnte, darüber schweigt sich Düringer aus, wenigstens kann seine einfache Behauptung, eine nachträgliche Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses sei zulässig, gegenüber der eingehenden Untersuchung Hoenigers nicht als Klärung der Frage angesehen werden. Insbesondere schweigt er dazu, ob die Forderung Hoenigers nach dem Vorliegen eines Herausgabeanspruchs auf die konkrete Sache zu Recht besteht oder nicht. Ohne eine kritische Erörterung dieses Punktes aber, der die Grundlage der Hoenigerschen Studie bildet, ist eine erfolgversprechende Widerlegung derselben garnicht denkbar. Deshalb bringt Düringer auch nichts neues und kann an dem gewonnenen Ergebnis nichts ändern.

Ebenso steht es mit den Ausführungen Weißlers, der aber doch wenigstens auf den zuletzterwähnten Punkt eingeht, ohne allerdings dessen Unrichtigkeit darzutun. Wenn er nämlich ausführt:

> „Diese Beweisführung (die Hoenigers) blendet, aber nur für einen Augenblick. Ein Herausgabeanspruch des Gläubigers besteht, nur daß er samt dem Eigentum selbst durch Veräußerung zu Grunde geht",

so ist dem das Gleiche entgegenzuhalten, wie das oben in Bezug auf die Schmallsche Konstruktion Ausgeführte. An der Berechtigung zur freien Verfügung über die Sache und daraus folgend dem

Mangel eines Herausgabeanspruchs auf die konkrete Sache wird von vornherein jeder Versuch, ein geeignetes Rechtsverhältnis zu konstruieren, scheitern.

Dieser Mangel ließe sich auch nicht dadurch beseitigen, daß dem Kommittenten vertraglich das Recht eingeräumt wurde, den Verkauf der ihm zu übereignenden Sachen seinerseits zu übernehmen und zu dem Zweck die Herausgabe zu fordern. In diesem Falle läge eine Übereignung nach § 930 garnicht vor; denn wenn der Erwerber die Waren selbst veräußerte und sie ihm zu diesem Zweck herausgegeben würden, so läge eine Übergabe nach § 929 vor, es handelte sich garnicht mehr um eine Sicherungsübereignung. Die bloße Vereinbarung, der Erwerber solle die Herausgabe fordern dürfen, ist rechtlich jedenfalls bedeutungslos, wenn die Herausgabe nicht tatsächlich erfolgt; denn der Herausgabeanspruch muß, wie oben gezeigt, ja infolge eines vereinbarten Rechtsverhältnisses entstanden sein, welches den Anforderungen des § 868 entspricht. Ein solches aber fehlt vollständig, es liegt mithin nichts anderes vor als das ungeeignete abstrakte Konstitut. Die „causa" für den Herausgabeanspruch fehlt, jedenfalls ist die bloße Parteivereinbarung nicht geeignet, einen solchen in wirksamer Weise mit Beziehung auf §§ 930, 868 zu schaffen. Deshalb ist auch die erwähnte Vereinbarung nicht geeignet, die Übergabe zu ersetzen.

δ) Ein anderer Weg, der der Vollständigkeit halber noch erwähnt werden soll, obwohl er aus dem erwähnten Grunde ebensowenig wie andere zum Ziele führen kann, findet sich in einem Sicherungsvertrage, der dem Oberlandesgericht Hamburg [19]) zur Entscheidung vorgelegen hat und von ihm als zulässig anerkannt worden ist.

Danach haben die Parteien vereinbart, der Schuldner solle dem Gläubiger das Eigentum an dem Warenlager in der Weise übertragen, daß für den Gläubiger ein Eigentumsvorbehalt an jedem der einzelnen Stücke vereinbart werde und der Schuldner den Besitz behalte und zum Verkauf auf eigene Rechnung befugt sei.

Die erwähnte Entscheidung erblickt also in der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts ein die Übergabe nach § 930 ersetzendes Rechtsverhältnis.

19) Recht, 14, Nr. 3927.

Einer näheren Prüfung vermag diese Konstruktion jedoch ebenfalls nicht standzuhalten, sobald man auf sie die bisher gewonnenen Erfahrungen anwendet. Zunächst liegt hier wieder nur ein abstraktes Konstitut vor. Eine „causa", aus der heraus der Schuldner den Besitz behalten, der Gläubiger zugleich den mittelbaren erwerben soll, ist nirgends festzustellen. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts kann als solche „causa" nicht angesehen werden. Die Tatsache, daß jemand Eigentümer einer Sache ist, bedingt durchaus nicht, daß er auch Besitzer derselben ist, das Eigentum ist eben kein Besitzverhältnis, kraft dessen ein unmittelbarer und ein mittelbarer Besitz entstehen kann. Durch den Eigentumsvorbehalt wird der Erwerber noch nicht mittelbarer Besitzer; es muß vielmehr ein besonderes Besitzverhältnis hinzukommen.

Allerdings ist diese Ansicht nicht unbestritten[20]). Vertreten wird sie jedoch von Planck, Endemann, Gierke[21]) und namentlich Thiesing[22]).

Nach Planck ist das Verhältnis des Käufers zum Verkäufer auch dann kein „ähnliches" im Sinne von § 868, wenn sich letzterer das Eigentum bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises vorbehält; denn auch in diesem Fall ist der Käufer nicht auf Zeit sondern für den Normalfall der pünktlichen Kaufpreiszahlung dauernd zum Besitze berechtigt.

Thiesing äußert sich im wesentlichen übereinstimmend. Nach ihm endet ein Besitzverhältnis nach § 868 je nach der Art des Rechtsverhältnisses zu einem gewissen Zeitpunkte. Ganz anders ein Veräußerungsgeschäft, dessen juristische Natur aber gerade darin besteht, die Sache dauernd der Machtsphäre des Veräußerers zu entziehen. Sie soll endgültig aus dem Vermögen des Verkäufers ausscheiden. Wenn auch bei Nichtzahlung die Möglichkeit gegeben ist, daß das Ausscheiden nicht stattfindet, so ist das

20) Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 1, § 8 I, 1 b, S. 24 oben; Geißler, S. 521 ff.; Przibilla, S. 394 ff.; Pudor, S. 314 ff.; Reichsgerichtsräte, § 868, Anm. 3; Staudinger, III, § 868 III b, S. 64; Reichsgericht: Band 54, S. 397; Band 69, S. 197.

21) Planck, III, § 868, Anm. 2 b β; Endemann, § 32, Anm. 5, S. 161; Gierke, § 114, S. 219, Anm. 39; ferner vgl. Biermann, § 868, Anm. 2.

22) Thiesing, S. 248.

doch etwas anderes als wenn die Sache bestimmungsgemäß, d. h. nach der rechtlichen Beschaffenheit des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses demnächst zu dem früheren Gewalthaber zurückkehren soll. Wirtschaftlich erscheint die Sache für den Veräußerer schon im Augenblick der Veräußerung als eine fremde."

Auch Oertmann[23]) verneint offenbar, daß dem Verkäufer durch Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts mittelbarer Besitz entstehe; denn auch in der Zwischenzeit, d. h. solange der Eigentumsvorbehalt noch nicht durch Zahlung des Kaufpreises beseitigt ist, hat der Käufer bereits ein Recht auf den Besitz und zwar auf den vollen, nicht nur den unmittelbaren."

Danach ist unbedenklich festzustellen, daß ein Eigentumsvorbehalt nicht geeignet ist, den Besitz dem Veräußerer zu vermitteln. Es ist kein nach § 868 ähnliches Verhältnis geschaffen. Der Erwerber soll nicht nur auf Zeit zum Besitze berechtigt sein, sondern dauernd, der Veräußerer will überhaupt in gar keinen Beziehungen zur Sache mehr stehen, er will sich ihrer dauernd entäußern, das ist der Zweck eines Veräußerungsvertrages.

Demgegenüber betont das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 24. Januar 1913[24]), der Eigentumsvorbehalt sei wohl geeignet, mittelbaren Besitz zu begründen, obwohl seine regelmäßig vorausgesetzte Beendigung durch Zahlung des Kaufpreises an den Veräußerer den Käufer gerade endgültig von der Herausgabepflicht befreie. Zu diesem Ergebnis kommt das Reichsgericht durch die konsequente Anwendung seiner Auslegung von § 868, die ja darin gipfelt, ein Herausgabeanspruch für den mittelbaren Besitzer brauche nicht notwendig zu bestehen, es genüge, wenn nur das vereinbarte Rechtsverhältnis als eines Tages zu Ende gehend gedacht sei.

Folgerichtig müßte demnach das Reichsgericht — angenommen, es teilte bezgl. § 868 den in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt — auch darin konform gehen und verneinen, daß durch Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ein im Sinne von § 868 ähnliches Verhältnis geschaffen werde; denn daß für den Veräußerer bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ein Herausgabeanspruch

---

23) Oertmann: Kommentar, § 455, Anm. 4 b.
24) Juristische Wochenschrift 1913, S. 432 ff.

entsteht, das will auch das Reichsgericht offenbar nicht behaupten. Da aber nach seiner Ansicht die Vorstellung der Parteien, das vereinbarte Verhältnis ende eines Tages, ausreichend ist, kann logischerweise auch nichts dagegen eingewendet werden, wenn es den Eigentumsvorbehalt als Besitzmittlungsverhältnis zuläßt.

Es besteht demnach zwischen dem Ergebnis dieser Arbeit und der erwähnten Stellung des Reichsgerichts kein eigentlicher Widerspruch; das abweichende Ergebnis hat eben seinen Grund darin, daß das Reichsgericht an ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 868 nicht das strenge Erfordernis eines Herausgabeanspruchs für den Erwerber stellt.

Ein weiteres Moment, das gegen das Oberlandesgericht Hamburg spricht, ist das, daß ein Eigentumsvorbehalt begrifflich immer nur dann für eine Partei ausbedungen werden kann, wenn diese Eigentümerin der zu veräußernden Sache ist. Bei der Sicherungsübereignung dagegen soll der Gläubiger erst zum Eigentümer gemacht werden; das ist ja gerade das, was erstrebt wird. In dem in der angezogenen Entscheidung behandelten Falle behält der Gläubiger ein Eigentum, das er noch garnicht hat. Das ist nicht möglich. Der Gläubiger kann sich wohl das Eigentum vorbehalten, wenn ihm die Sache eigentümlich gehört, und das muß durch die Parteivereinbarungen zuvor erreicht sein. Hierin liegt ja aber gerade die Schwierigkeit und diese behebt auch das Oberlandesgericht Hamburg nicht.

Überdies würde immer noch wie bei allen bisher erörterten Konstruktionen der zur gültigen Eigentumsübertragung erforderliche Herausgabeanspruch auf die konkrete Sache fehlen.

Der vom Oberlandesgericht Hamburg vorgeschlagene oder doch von ihm gebilligte Weg ist demnach ebenso wenig gangbar wie die bisher gebräuchlichen; im Grunde genommen ist er auch nichts anderes als ein abstraktes Konstitut. Der künstlich hineingetragene Eigentumsvorbehalt verwirrt nur die Sachlage; denn wäre der Gläubiger Eigentümer, so könnte die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts ebensogut unterbleiben, da ja an den bestehenden Eigentumsverhältnissen nichts geändert wird.

Die Schwierigkeit der ganzen Frage ist ja aber gerade die, dem Gläubiger das Eigentum zu verschaffen und hierzu weist auch

das Oberlandesgericht Hamburg keine neuen Konstruktionsmöglichkeiten.

ε) Hier soll noch eines weiteren Konstruktionsversuches aus der neuesten Zeit Erwähnung getan werden, obwohl es sich genau genommen nicht um eine Sicherungsübereignung handelt.

Es wird von Heymann[25]) vorgeschlagen, man solle dem Gläubiger eine Verfügungsbefugnis aus § 185 einräumen, die nach § 183 unwiderruflich erteilt werden könne. Er konstruiert nun so: der Gläubiger erhält das unentziehbare Recht, die im Sicherungsvertrage bezeichneten Sachen bei Fälligkeit seiner Forderung zu seiner Befriedigung für sich zu verwerten. Durch diese Veräußerungsbefugnis erhalte er eine Sicherung, die geeignet sei, die Sicherungsübereignng zu ersetzen. Hierdurch sei es auch gleichzeitig ermöglicht, stets nur so viel Waren dem Gläubiger zu verschreiben, wie zu dessen Befriedigung gerade ausreichten, während bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers stets das ganze Lager übereignet werden müsse.

Er fügt noch hinzu, diese Veräußerungsbefugnis sei kein dingliches Recht, es wirke nur dinglich.

Dem ist entgegenzuhalten, daß dies in Wahrheit nichts anderes ist als die verbotene Mobiliarhypothek. Es handelt sich um eine Eigentumsbeschränkung des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers derart, daß dieser eintretendenfalls unbeschränkt über die Sachen, auf die sich seine Verfügungsbefugnis erstreckt, verfügen darf. Ein solches Recht kann aber nur als ein dingliches angesprochen werden. Bezweckt es doch eine Sicherung genau wie bei einer Verpfändung, nur daß die Übergabe nicht stattfindet, wie sie § 1205 vorschreibt. Die Einigung darüber, daß bewegliche Sachen zur Sicherung bestellt werden, ist vorhanden. Es liegt somit nichts anderes vor als eine Pfandbestellung ohne Übergabe; eine solche ist aber nichtig.

In gleichem Sinne äußert sich hierzu Marck[26]). Damit scheidet denn auch diese Konstruktion aus.

Zusammenfassend darf das Ergebnis der Untersuchung dahin normiert werden:

---

25) Heymann, S. 1509.
26) Marck, S. 343 u. 344.

„Es gibt kein Rechtsverhältnis, das geeignet wäre, die Übergabe eines Warenlagers zu Sicherungszwecken wirksam zu ersetzen."

§ 5.

Die Unzulässigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern ist im vorhergehenden Teile nachgewiesen. Leider ist es aber nicht immer möglich, ein so gewonnenes Ergebnis einfach in die Praxis zu übertragen, da die Rechtsprechung häufig einen anderen Weg geht. Interessant ist für die hier behandelte Frage die Stellungnahme des Reichsgerichts. Bisher hatte es sich abwartend verhalten, es hatte die Gültigkeit der Übereignung von Ersatzstücken eines Warenlagers zwar schon länger anerkannt, ein Eingehen auf die Übereignung des ursprünglichen Bestandes selbst aber vermieden[1]).

Diese teils ablehnende, teils aber auch wieder auf das Gegenteil deutende Haltung veranlaßte noch Hallbauer[2]) zu der Hoffnung, das Reichsgericht, welches die Frage der Sicherungsübereignung unter seinen starken Schutz genommen und sich bisher gegen ihre Zulässigkeit ausgesprochen habe, werde dies auch fernerhin tun und das Rechtsleben mit dem Institut der Sicherungsübereignung von Warenlagern verschonen.

Dies galt noch damals, als Hallbauer den erwähnten Aufsatz schrieb, heute nicht mehr. In neueren Entscheidungen[3]) und ganz besonders in der jüngsten vom 24. Januar 1913[4]) hat das Reichsgericht in klaren Worten seine Stellungnahme zur Sicherungsübereignung von Warenlagern zum Ausdruck gebracht und diese seine Auffassung auch rechtlich eingehend begründet.

Für die Praxis muß also mit Rücksicht auf die Autorität des Reichsgerichts vorläufig mit der Sicherungsübereignung von Warenlagern gerechnet werden. Sie muß, solange das Reichsgericht seinen Standpunkt nicht verändert und den eingeschlagenen

1) Reichsgericht, 3. Januar 1903, Deutsche Juristenzeitung 1903, Nr. 6, S. 153.

2) Hallbauer, a. a. O.

3) Reichsgericht: 14. November 1911, Juristische Wochenschrift 1912, S. 144; 17. Dezember 1911, Juristische Wochenschrift 1913, S. 318 ff.

4) Reichsgericht, Juristische Wochenschrift 1913, S. 432 ff.

Weg nicht verläßt, als zulässiges Kreditmittel bewertet werden. Eine unerfreuliche Tatsache, wenigstens, soweit es den Kapitalkräftigen angeht, wogegen der wirtschaftlich Schwache es mit Freuden begrüßen wird. Solange aber gesetzliche Maßnahmen zur Regelung dieser Materie nicht getroffen sind, müssen die in § 1 erwähnten Übelstände mit in Kauf genommen werden. Der Verkehr muß sich eben selbst helfen oder aber mit den vom Gesetz bisher gegebenen Handhaben gegen Mißbräuche der genannten Art vorgehen.

a) Ein vorsichtiger Lieferant wird sich schon durch den Vorbehalt seines Eigentums an den gelieferten Waren hinreichend schützen können; denn solange ihm noch das Eigentum zusteht, kann der Schuldner die Waren auch nicht seinem Sicherungsgläubiger zu Eigentum übertragen; ein Erwerb in gutem Glauben ist hier ausgeschlossen, da der Sicherungsgläubiger ja nicht den erforderlichen körperlichen Besitz an den Waren, der nach § 933 notwendig ist, erhält.

Auf diese Weise wird sich aber praktisch nicht jeder Lieferant helfen können, sondern in der Regel nur ein finanziell sehr gut gestelltes Geschäft, dem das gelegentliche Abspringen eines nicht einmal ganz sicheren Kunden gleich sein kann; denn, das ist im Auge zu behalten, es handelt sich stets um unsichere Kunden und gerade diese nehmen meistens das von den Lieferanten gezeigte Mißtrauen übel und springen von ihm ab. Deshalb gewähren manche Lieferanten, nur um den Kunden auf jeden Fall zu halten, und auch gezwungen durch die Konkurrenz, die vielleicht ohne Eigentumsvorbehalt liefert, ebenfalls ohne Vereinbarung eines solchen Kredit. Sie können sich dies Schutzmittel in der Regel nicht zu Nutze machen, so daß es sich in vielen Fällen als ein recht relatives erweist. Dasselbe muß von der Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses gelten.

b) Einen weiteren Schutz und wertvolleren als den vorigen, da er sowohl für den Kapitalkräftigsten wie auch für den weniger Starken besteht, bietet die Bestimmung des § 138 des bürgerlichen Gesetzbuches. Allerdings kan diese Vorschrift nicht von vorherein helfen, sie ist immer nur geeignet, die Folgen einer bereits erfolgten Sicherungsübereignung ganz oder teilweise zu beseitigen. Es ist in jedem Falle die Möglichkeit gegeben, beim Vorliegen, der die An-

wendung des § 138 bedingenden Voraussetzungen das übereignete Warenlager wieder als Vermögensobjekt des Schuldners in dessen Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger zurückzubringen, wodurch unter Umständen schon viel gewonnen wird.

So hat das Reichsgericht die Sicherungsübereignung eines Warenlagers wegen Verstoßes gegen die guten Sitten in verschiedenen Fällen für nichtig erklärt:

„Das Geschäftsgebahren, so führt es aus[5]), von Leuten, mit deren geschäftlichen Unternehmen es abwärts geht, auf das Andringen eines einzelnen Hauptgläubigers diesem das gesamte Warenlager zu übereignen, bildet für den gesunden Verkehr eine schwere Gefahr, wenn nicht das neugeschaffene dingliche Rechtsverhältnis mit für alle Beteiligten, die sehen wollen, deutlich wahrnehmbaren Kennzeichen nach außen hin kundgemacht ist. Solche Sicherungen können als rechtsgültige nicht anerkannt werden und einen Rechtsschutz nicht verlangen. Der Annahme einer vorsätzlichen Schädigung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dürfte nichts entgegenstehen."

„Mit Recht ist es als sittenwidrig anzusehen, sagt das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung, wenn ein Kaufmann sein bisher auf seinen Namen und seine Rechnung betriebenes Geschäft nach außen hin in alter Weise fortbetreibt, obgleich er die zum Fortbetriebe nötigen Waren nicht mehr für sich, wie die ihm auf Kredit liefernden Personen nach Treu und Glauben anzunehmen berechtigt sind, sondern für den Sichergestellten erwerben und sie nur in der Weise veräußern will, daß die hierdurch erwachsene Forderung nicht ihm, sondern dem Gläubiger zustehen soll. An dieser Erwägung kann auch der Umstand nichts ändern, daß es im Interesse eines in vorübergehende Bedrängnis geratenen Geschäftsinhabers liegen kann, durch eine Sicherungsübereignung seine letzten Kräfte anzuspannen, um die Schwierigkeiten zu überwinden."

Durch diese Stellungnahme des Reichsgerichts wird schon viel geholfen. Eine strenge Anwendung des § 138 wird manche Auswüchse beseitigen und manches unreelle Geschäft aus der Welt

---

5) Reichsgericht, Band 77, S. 210.

6) Reichsgericht, Juristische Wochenschrift 1913, S. 318 ff.

schaffen und so dem Interesse der Lieferanten gerecht werden. Die so festgestellte Nichtigkeit beseitigt die Übereignung in vollem Umfange, der Erwerber ist nicht mehr Eigentümer der Waren, als solcher kommt jetzt nur der Schuldner in Betracht, sodaß die Lieferanten in die Lage gesetzt sind, ihre Befriedigung aus dem Warenlager, das vorher ihrem Zugriff entzogen war, zu suchen.

c) Nicht immer jedoch wird sich eine Nichtigkeit der vorgenommenen Übereignung ergeben, sie braucht durchaus nicht in jedem Falle gegen die guten Sitten zu verstoßen. Aber auch dann wird sich unter Umständen die Möglichkeit ergeben, daß die Lieferanten doch noch zu ihrem Gelde kommen.

Es ist die Bestimmung des § 419 des bürgerlichen Gesetzbuches, die hier helfen kann.

„Das Warenlager ist oft das einzige, was der Schuldner neben den notwendigen zum Lebensunterhalt dienenden Gegenständen an Vermögenswert besitzt. Namentlich in kleineren Geschäften, in denen nur gegen bar verkauft wird, werden daneben keine Ausstände vorhanden sein. Oft werden aber auch diese mit übereignet. Dann ist zu prüfen, ob nicht der Kreditgeber durch Vertrag das ganze Vermögen des Schuldners übernommen hat und infolgedessen für seine Schulden haftbar wird"[7]).

„Diese Bestimmung (§ 419) hat ihren gesetzgeberischen Wert und Zweck in der Erwägung, daß das gesamte Aktivvermögen eines Schuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger bestimmt ist und daß es dieser Bestimmung auch in der Hand des Dritten erhalten bleiben soll. Die Vermögensübernahme liegt auch vor, wenn einzelne, im Verhältnis zum Ganzen unbedeutende Vermögensstücke von der Übereignung ausgeschlossen werden"[8]).

Es wird daher im einzelnen Fall stets zu prüfen sein, ob die erforderten Voraussetzungen vorhanden sind. In der Regel wird dies nur bei Geschäften kleineren Umfanges zutreffen. Bei großen Betrieben wird § 419 jedoch versagen[9]). Große praktische Bedeu-

---

7) Hoeniger, S. 46.

8) Reichsgericht, Juristische Wochenschrift 1913, S. 26.

9) vgl. auch Salinger, S. 451.

tung ist seiner Anwendung auf die Sicherungsübereignung danach kaum beizumessen.

Zu bedenken ist dabei noch, ob auch die gesetzliche Form gewahrt ist, deren der Vertrag, durch den ein Teil sich zur Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens verpflichtet, nach § 311 des bürgerlichen Gesetzbuches zu seiner Gültigkeit bedarf. Als Vermögensübernahme ist eine Sicherungsübereignung also nur dann anzusehen, wenn der Vertrag, durch den der Schuldner sich zur Übertragung verpflichtet hat, gerichtlich oder notariell beurkundet ist.

d) Einen weiteren Schutz bieten den Lieferanten die Vorschriften über die Anfechtung, und zwar einmal die des bürgerlichen Gesetzbuches und dann die des Gesetzes betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 20. Mai 1898.

Nach § 123 des bürgerlichen Gesetzbuches kann seine Willenserklärung anfechten, wer durch arglistige Täuschung oder Drohung zur Abgabe derselben bestimmt worden ist.

Die praktische Anwendbarkeit dieser Bestimmung erscheint indeß allzu ungewiß, als daß von ihr eine befriedigende Wirkung zu erwarten wäre; denn von einer Täuschung kann immer nur dann die Rede sein, wenn jemand falsche Angaben macht oder die Mitteilung von Tatsachen, die für seinen Gegenkontrahenten bestimmend sein würden, in Verletzung einer Offenbarungspflicht unterläßt. Während das erste wohl nur selten vorkommen wird, dürfte das zweite schon deshalb in der Regel ausscheiden, als die Feststellung der Tatsachen, betreffs deren dem Schuldner eine Mitteilungspflicht obliegt, äußerst schwierig ist. Es ist dies reine Tatfrage, was auch aus der Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Januar 1911[10]) hervorgeht, wonach das Reichsgericht keineswegs eine allgemeine Auskunftspflicht des Schuldners gegenüber den Lieferanten konstruiert, sondern nur verlangt, daß er diejenigen Tatsachen mitteilt, deren Angabe der Gegenkontrahent unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf. Welche Mitteilungen aber hierunter fallen, wird jedesmal von dem

10) Reichsgericht: Warneyer Erg. Band Nr. 182, S. 196—199.

einzelnen Fall abhängen und von fast jedem Richter andersartig beurteilt werden. Eine feste Norm läßt sich hier nicht aufstellen und hierin liegt eben die Unzulänglichkeit auch dieses Schutzmittels.

Nicht besser sondern womöglich noch ungünstiger ist die Stellung des Lieferanten bei Anwendung von § 3 des Reichsanfechtungsgesetzes, da hier die Beweislast gegenüber § 123 insofern für den Anfechtenden noch erschwert ist, als er auch beweisen muß, daß dem Sicherungsgläubiger die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, bekannt war, ganz abgesehen davon, daß es schon schwierig ist, nachzuweisen, daß der Schuldner bei der Sicherungsübereignung die Absicht hatte, seine übrigen Gläubiger auf Kosten des Sicherungsgläubigers zu schädigen.

Viel wird also auch mit diesen beiden Anfechtungsmöglichkeiten nicht gewonnen.

e) Nicht viel anders ist es mit der Anwendung von § 826, die das Reichsgericht[11]) für zulässig erklärt hat. Voraussetzung ist hier, daß der Schuldner dadurch, daß er einem Gläubiger sein Lager übereignet hat, seine anderen Gläubiger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich geschädigt hat. Der sich auf § 826 stützende Gläubiger muß nach der zitierten Entscheidung beweisen, daß der Schuldner bei Abschluß des Übereignungsvertrages sich bewußt war, der schädigende Erfolg werde eintreten, wenn dieser auch nicht gerade als sicher eintretend vorauszusehen war. Vorsätzlich führt nach der angezogenen Entscheidung aber auch derjenige eine Schädigung herbei, der einsieht, sein Tun werde eine Schädigung nicht unwahrscheinlich zur Folge haben, trotz dieser Einsicht aber von seinem Tun nicht abläßt und die Schädigung im Hinblick auf die ihm entstehenden Vorteile in seinen Willen mit aufnimmt. Aus demselben Grunde ist eine Haftpflicht des gesicherten Gläubigers wohl denkbar, wenn er, wie das Reichsgericht l. c. sagt, vorsätzlich zu der eingetretenen Schädigung mitgewirkt hat[12]).

Die Schwierigkeiten der Durchführung einer solchen Scha-

---

11) Reichsgericht: Warneyer Erg. Band 1911, S. 196—199, Nr. 182.

12) In gleichem Sinne: Gutachten der Berliner Kaufmannschaft, S. 102 ff.; Staub, § 368, Anm. 100; Reichsgericht, Deutsche Juristenzeitung 1904, S, 1041.

denshaftung liegen auf der Hand. Sie kommt auch nur in ganz besonders schweren Fällen in Frage; in der Mehrzahl der Fälle wird sie versagen.

Das Resultat ist demnach, daß der Sicherungsübereignung mit den Mitteln, die das Gesetz gegenwärtig bietet, nicht mit Sicherheit und bei weitem nicht in allen Fällen wirksam beizukommen ist, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß in manchen Fällen den größten Mißständen mit Erfolg entgegengetreten werden kann.

Es gibt aber auch Fälle, die eine wirtschaftlich ganz reelle Grundlage besitzen, die Übereignung ist z. B. erfolgt zur Sicherung für ein zu Geschäftszwecken gegebenes Darlehn, nicht aber für alte Schulden, folglich nach Ansicht des Reichsgerichts keinenfalls nichtig und auch nicht anfechtbar; ebensowenig kann sie als Vermögensübernahme angesehen werden und so eine Haftung des Übernehmers begründen. Hier versagt das Gesetz, es bietet keine Handhabe, wie den Lieferanten geholfen werden könnte; diese müssen vielmehr untätig zusehen, ohne irgend eine Möglichkeit, sich aus dem Warenlager, das sie für Eigentum ihres Kunden gehalten, befriedigen zu können. Ihnen sind die Hände gebunden; das Warenlager gehört einem Dritten, von dessen Vorhandensein und Recht sie keine Ahnung hatten. Andere Vermögensstücke außer den Waren sind in solchem Falle nicht vorhanden.

Daß solche Konsequenzen unerfreulich sind, braucht kaum gesagt zu werden.

§ 6.

Es fehlt denn auch nicht an Vorschlägen, die eine Besserung bezwecken. Teils kommen sie aus dem Handelsstande, teils aus dem Kreise derer, die berufen sind, die Pflege und Entwicklung des Rechts zu fördern. Mit den bestehenden Gesetzen ist, wie erörtert, eine durchgreifende Maßregel nicht zu erzielen, ohne eine Tätigkeit der Gesetzgebung eine einigermaßen befriedigende Lösung nicht denkbar[1]).

Es wird deshalb eine Regelung dieser Materie durch einschlägige Sonderbestimmungen gefordert.

1) Salinger, S. 449, im wesentlichen übereinstimmend.

Das am häufigsten gestellte Verlangen ist das nach der sog. Mobiliarhypothek, verbunden mit einer Registerpflicht, d. h. es sollen öffentliche Register angelegt werden, in die jede Belastung einer beweglichen Sache eingetragen werden muß, wenn sie gegen dritte Gültigkeit haben soll.

Ähnlich schreibt Schöndorf [2]) zu dieser Frage:

„Die Sicherungsübereignung ist den eisernen Anforderungen des Lebens entsprungen. Sie einfach wegdekretieren kann man nicht. Allerdings bietet sie kein erfreuliches Bild. Der Mangel der Erkennbarkeit ist ihr Hauptfehler. Diesem Mangel schließt sich die täuschende Ähnlichkeit mit so vielen böswilligen Rechtshandlungen des Schuldners zum Nachteile des Gläubigers an. Es ist schwierig, die wahre Sicherungsübereignung von der ihr äußeres Kleid annehmenden fraudulosen Handlung zu unterscheiden. Auch hat der Gläubiger nicht die ruhige Sicherheit, er bleibt doch immer auf die Redlichkeit des Schuldners angewiesen. Also ist die Sicherungsübereignung keineswegs ein ideales Kreditmittel. Sie ist aber nötig für kapitalschwache Kreise, solange die Mobiliarhypothek nicht zugelassen ist.

Man sollte aber endlich zu diesem weit besseren Mittel greifen und es anstelle der Sicherungsübereignung setzen."

In Konsequenz dieser Ausführungen fordert Schöndorf weiter die Einführung des Registerzwanges, wodurch die Sicherung seiner Ansicht nach die erforderliche Publizität gewinnt.

Der gleichen Ansicht sind Bollenbek, Weißler, Ziese und Salinger [3]), der unter anderem schreibt, alles dränge daraufhin, durch Einführung des Registers dem bestehenden Notstande abzuhelfen, und zwar dadurch, daß nicht der Sicherungsübereignung sondern dem Pfandrecht das Register geöffnet werde; denn dieses sei seiner Natur nach das gegebene Sicherungsmittel. Sein Vorschlag geht letzten Endes dahin, die Sicherungsübereignung zu verbieten und neben das Faustpfand das Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten zu setzen.

---

2) Schöndorf, S. 702.

3) Bollenbek, S. 183; Weißler, S. 556; Ziese, S. 648; Salinger, S. 458.

Der wirtschaftliche Zweck, der mit diesen Vorschlägen erstrebt wird, ist der, die Tatsache einer erfolgten Sicherungsübereignung oder besser Pfandbestellung auch dritten gegenüber erkennbar zu machen, und zwar so, daß sie, wenn auch nicht nach außen hin für jeden ohne weiteres offenbar aber doch für einen Interessenten unschwer in Erfahrung zu bringen ist. Es soll mit der Sicherungsübereignung überhaupt gebrochen werden; eine Verpfändung der Mobilien soll schon genügen, das Prinzip des Faustpfandes also aufgegeben werden oder doch eine wesentliche Erweiterung erfahren. Das Faustpfandrecht für Mobilien ist seinerzeit vom bürgerlichen Gesetzbuch mit Rücksicht auf die Forderung der Erkennbarkeit der Belastung mit dem Pfandrecht eingeführt worden. Soll jetzt also ein Pfandrecht an beweglichen Sachen bestellt werden, ohne daß der Gläubiger den Besitz desselben erhält, so muß gleichzeitig dafür Sorge getragen werden, daß die Belastung für Dritte erkennbar wird. Das ist unbedingt zu fordern und wird es auch von Allen, welche die Wiedereinführung der Mobilarhypothek befürworten.

Es fragt sich nun, ob durch sie den zu stellenden Anforderungen:

genügende Sicherung des Gläubigers und
ausreichende Erkennbarkeit der Pfandbestellung

genügt wird.

Hoeniger[4]) z. B. macht erhebliche Bedenken geltend; seiner Meinung nach kann gegen eine Registerpflicht garnicht laut genug Einspruch erhoben werden.

Die ganze Registerpublizität, so schreibt er, ist eine Fiktion. Alles, was in den beim Amtsgericht angehäuften Registerbänden steht, gilt als der Allgemeinheit bekannt. Es nützt nichts, daß diese Register allgemein zugänglich sind. Es wird davon kein Gebrauch gemacht, vornehmlich im Handelsverkehr nicht. Wann sieht wohl der Kaufmann das Güterrechtsregister einmal nach, ehe er dem Kunden einen Warenkredit einräumt? Selbst die gewerbsmäßigen Auskunfteien pflegen das nicht zu tun. In ihren Auskünften liest man zwar häufig, daß der Kreditsuchende eine vermögliche Ehefrau habe, nichts aber über das Güterrecht ausweislich des Registers. Wird der Kaufmann wirklich jedesmal, ehe er seinem Kunden neue

---

4) Hoeniger, S. 2ff.

Waren auf Kredit liefert, bei dem betreffenden Amtsgericht eine Bescheinigung darüber einholen, daß der Kunde inzwischen keine Sicherungsübereignung vorgenommen hat? Nach den Vorschlägen des deutschen Handelstages soll übrigens die Einsicht des Registers an den Nachweis eines berechtigten Interesses geknüpft sein. Es ist verwunderlich, daß gerade aus Handelskreisen der Wunsch nach einer solchen „papiernen Publizität" laut geworden ist. Die Registerpublizität ist und muß ein Nothilfsmittel für diejenigen Fälle bleiben, in denen eine Offenkundigkeit nicht anders zu erreichen ist. Für die gewöhnlichen Fahrnisse ist das Publizitätsmittel der Besitz. Bei der Sicherungsübereignung versagt dies, es ist daher besser, ganz auf sie zu verzichten, als durch eine wertlose Scheinpublizität die Gefahren dieses Rechtsinstituts zu verdecken."

Auch Oertmann[5]) ist der Ansicht, daß zu einem Einschreiten durch Gesetz nicht der mindeste Anlaß vorliege; insbesondere widerspricht er der Einführung des Registers, indem er ausführt:

„Das Register ist ein treffliches Mittel im Dienste der öffentlichen Ordnung, aber, wie alle Erfahrungen lehren, ein höchst unzulängliches Publizitätsmittel. Die ernsten schutzwürdigen Sicherungsgeschäfte würden durch eine Registerpflicht nicht unerheblich erschwert, während skrupellose Parteien den Registerzwang vielleicht nicht einmal ungern sehen würden, der ihnen gegenüber späteren Annullierungen des Besitzkonstituts durch den Prozeßrichter eine nicht unerhebliche Garantie bieten, ihr Geschäft sozusagen mit einer gutklingenden Etikette versehen würde. Und der kreditgewährende Gläubiger hätte zudem nicht die mindeste Sicherheit dagegen, daß der Warenbestand des Schuldners nicht doch durch nachträgliche ordnungsmäßig registrierte Geschäfte des Schuldners seinem Zugriff entzogen würde."

Bei dem augenblicklichen Stande der Rechtsprechung ist Oertmanns Ansicht nicht mehr zu halten, wenigstens nicht insoweit, als er meint, zu gesetzlichem Eingreifen liege kein Anlaß vor; denn dies hat er auch nur für den Fall ausgesprochn, daß die Sicherungsübereignung von Warenlagern von der Rechtsprechung nicht zu-

5) Oertmann: Deutsche Juristenzeitung 1911, S. 1183.

gelassen würde. Da diese Hoffnung sich aber nicht verwirklicht hat, rückt die Möglichkeit und Notwendigkeit gesetzlicher Regelung jedoch näher. Daß sie wünschenswert ist, ist bereits im vorgehenden dargetan.

Dasselbe hat in Beziehung auf das Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft[6]) Geltung, in welchem die Registerpflicht bekämpft wird, da

1. Übereignungen nur schwer zu ermöglichen und
2. unter Umständen den Parteien mehr Schaden als Vorteil brächten.

Punkt 1 fällt mit der Stellungnahme des Reichsgerichts. Der zweite kann nicht ausschlaggebend sein für diese wichtige Frage; denn unter die Anfechtung und die übrigen Schutzmittel fallen doch nur einzelne faule, daher nicht schutzbedürftige Geschäfte, während so und so viele andere unberührt bleiben und — obwohl sie rechtlich unanfechtbar, auch wirtschaftlich wünschenswert — dennoch eine große Gefahr für den dritten Kreditgeber bilden. Diese Gefahr aber zu beseitigen ist das erstrebenswerte Ziel. Schutz für Dritte muß das oberste Prinzip für die Frage der Sicherungsübereignung und Sicherungsgeschäfte überhaupt sein. Dieser ist aber nur dann zu erreichen, wenn Normen vorhanden sind, die alle Sicherungsgeschäfte ohne Ausnahme begreifen. Diesem Zweck wird das erwähnte Gutachten nicht gerecht; zur Erreichung desselben erscheint aber einzig und allein das Register geeignet.

Aus denselben Gründen sind auch die Bedenken Hoenigers und Oertmanns nicht so erheblich, als daß dieser Gedanke als unpraktisch fallen gelassen werden sollte. Eine Eintragung der Sicherungsgeschäfte in ein Register würde doch jedenfalls dem Lieferanten die Möglichkeit bieten, sich davon zu überzeugen, ob sein Kunde, der eine Bestellung macht und Kredit beansprucht, auch wirklich Eigentümer des Lagers ist oder dieses bereits irgend einem Gläubiger zu Sicherungszwecken übereignet hat, oder im Sinne der vorgeschlagenen Mobiliarhypothek gesprochen, bereits mit einer Hypothek belastet hat. Von einer erheblichen Erschwerung der schutzbedürftigen Sicherungsgeschäfte kann dabei kaum die Rede

6) Ebenda, S. 97.

sein; und wenn auch, gegenüber der Wichtigkeit der ganzen Frage und mit Rücksicht auf die vielfachen Interessen, die hierbei auf dem Spiele stehen, darf eine Erschwerung nicht in dem von Oertmann bewerteten Sinne ins Gewicht fallen. Schuldner, die in einer solchen Lage sind, daß sie auf ihr Warenlager Kredit suchen müssen, werden auch diese Schwierigkeiten nicht scheuen[7]).

Ebenso erscheint die Befürchtung, der kreditgewährende Gläubiger hätte keine Sicherheit, daß das Warenlager nicht durch spätere ordnungsmäßig vorgenommene und eingetragene Belastungen seinem Zugriff entzogen werden könne, nicht derartig, daß aus diesem Grunde die Registerpflicht fallen gelassen werden sollte, denn, wenn ein Zwang besteht, Belastungen der in Frage stehenden Art eintragen zu lassen, wenn sie Geltung haben sollen, so kann eine Eintragung auch nicht durch später erfolgende beeinträchtigt werden, vorausgesetzt, daß hier ebenso wie im Grundbuchrecht das Rangsystem gilt. Ohne dieses wären die von Oertmann befürchteten Erscheinungen allerdings denkbar.

Wenn andererseits Hoeniger behauptet, die Registerpflicht sei eine Fiktion, durch sie werde lediglich eine papierne Publizität geschaffen, so ist dies zum Teil wohl richtig. Zum andern Teil geht dies aber auch wieder zu weit; denn im Falle des Bestehens einer Registerpflicht ist die Möglichkeit einer Einsichtnahme in die Vermögensverhältnisse des Schuldners jedenfalls gegeben und das muß vorläufig genügen.

Wenn ein Kreditgeber die Einsichtnahme in das Register versäumt und ohne dessen Kenntnis im Vertrauen auf die Güte und Zahlungsfähigkeit seines Kunden Kredit gewährt, so tut er dies eben auf eigene Gefahr. Die Möglichkeit, sich zu schützen, besteht jedenfalls, wenn es eine Registerpflicht gibt.

Daß diese gegenüber der Sicherungsübereignung mit ihrer äußerlichen Unerkennbarkeit ein großer Fortschritt ist, kann kaum geleugnet werden. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb nicht die Mobiliarhypothek als das kleinere von zwei Übeln eingeführt werden sollte; denn nur durch sie lassen sich die bei der Zulassung

---

7) Im selben Sinne: Bonnet, S. 51.

der Sicherungsübereignung in die Erscheinung tretenden Mißstände einigermaßen beseitigen. Sie wird sowohl dem Sicherungszweck als auch den Interessen von Gläubiger, Schuldner und Dritten gerecht.

In England, Frankreich, der Schweiz und anderen Ländern ist sie seit längerer oder kürzerer Zeit im Gebrauch und soll sich gut bewähren[8]). Was sich aber auswärts als praktisch und brauchbar erweist, wird auch in unserm Rechts- und Wirtschaftsleben kaum versagen.

Daß durch Einführung der Mobiliarhypothek manche Unsicherheiten behoben werden, kann nicht zweifelhaft sein. Während jetzt der Warenlieferant, der Hausbesitzer oder Wohnungsvermieter keine Möglichkeit hat, festzustellen, ob der kreditsuchende Kunde Eigentümer seiner Waren, der Mieter Eigentümer seiner eingebrachten Sachen ist, bietet das Register ihm wenigstens eine Handhabe, dies in Zweifelsfällen festzustellen oder doch in Erfahrung zu bringen, ob die fraglichen Sachen bereits verpfändet sind oder noch frei von allen Lasten. Auf jeden Fall kann er in Kenntnis des Registerinhalts sein Verhalten nach der einen oder anderen Seite rechtzeitig einrichten.

Die Registerpflicht würde etwa auf folgende Weise zu behandeln sein. Bei dem Amtsgerichte, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz hat, wird ein Register, ähnlich dem Grundbuch geführt. In dieses müßte dann vorkommendenfalls jede Belastung eingetragen werden. Um dies zu erzwingen, würde eine Bestimmung dahin, daß die Belastung im Falle der Nichteintragung ungültig wäre, so daß also durch die Eintragung das Pfandrecht erst rechtsgültig zur Entstehung gelangt, genügen. Jeder Kreditgeber wird dann schon auf Eintragung drängen; liefe er doch andernfalls Gefahr, seine Sicherung zu verlieren.

Zweckmäßig dürfte schließlich auch die Bestimmung des englischen Rechts[9]) sein, daß die Eintragungen alle fünf Jahre von neuem vorgenommen werden müssen, wenn sie längere Zeit Gültigkeit haben sollen, und ebenso die noch wichtigere, die dem Gläubiger eine erhöhte Sicherheit gibt, daß er nämlich das Recht hat, bei

8) Schöndorf, S. 702.
9) Linckelmann, S. 230ff.

Vorliegen gewisser Gründe, wie Nichtzahlung der Schuld, Konkurs des Schuldners, Zwangsvollstreckung in die Pfandsachen und ähnlichen Eingriffen in seine gesicherte Rechtslage, die Sachen an sich zu nehmen, wogegen dem Schuldner hinwieder das Recht zusteht, die Sachen herauszuverlangen, sofern er nachweist, daß Gründe der bezeichneten Art nicht vorliegen.

Nicht empfehlenswert erscheint dagegen die weitere Vorschrift, daß nur Eintragungen über 30 Pfund Sterling zulässig sind. Eine solche Beschränkung würde als Ungerechtigkeit und Zurücksetzung des Kleinhandels empfunden werden und unsozial wirken[10]).

Aus im wesentlichen gleichliegenden Gründen ist auch der Vorschlag von Bonnet[11]), die Sicherungsübereignungen schuldnerischerseits auf Vollkaufleute in Verbindung mit Registerzwang in der Weise zu beschränken, daß zur gültigen Vornahme einer Sicherungsübereignung verlangt wird, daß diese ins Handelsregister eingetragen wird, abzulehnen. Ein Bedürfnis, den kleinen Leuten die Möglichkeit, auf ihre persönlichen Gebrauchsgegenstände, insbesondere ihre Wohnungseinrichtung, Kredit zu erhalten, durch die vorgeschlagene Beschränkung zu nehmen, kann nicht anerkannt werden.

Während der Übergangszeit werden natürlch Schwierigkeiten entstehen, wenigstens soweit es bestehende Sicherungsübereignungen angeht. Zur Vermeidung dieser wird alsdann eine Bestimmung dahin zu treffen sein, daß der Sicherungsgläubiger seine Forderung, die er gegen den Übereigner hat, innerhalb bestimmter Frist in das für den Schuldner anzulegende Register eintragen lassen muß, wenn die Sicherung weiter bestehen soll.

Durch die Hypothekeneintragung wird ferner auch der mit der Sicherungsübereignung verknüpfte Übelstand beseitigt werden, daß für eine vielleicht relativ geringe Forderung das ganze Warenlager von weit höherem Werte übereignet und damit weiteren Belastungsmöglichkeiten entzogen wird.

Bei der Mobiliarhypothek dagegen entsprechen sich stets Forderung und Sicherungsobjekt, so daß das Warenlager im übrigen

---

10) Salinger, S. 485.

11) Bonnet, S. 50.

entweder weiter belastet werden kann oder den anderen Gläubigern in Ansehung des etwaigen Überschusses zur Befriedigung bereit steht.

Wie schon erwähnt, ist das Verlangen nach Einführung der Mobiliarhypothek auch auf Widerstand gestoßen, aber nicht, ohne daß von ihren Gegnern durchweg andere Besserungsvorschläge gemacht worden sind. Diese sollen noch kurz besprochen werden unter besonderer Prüfung daraufhin, ob sie die Mobiliarhypothek entbehrlich zu machen geeignet sind oder nicht.

So schlägt Hoeniger[12]) vor, dem Kaufmann, der sich, obwohl durch Übereignung seines Warenlagers zum Kommissionär geworden, dennoch durch äußerlich unverändert erscheinenden Fortbetrieb seines Geschäftes vor der Öffentlichkeit als Eigenkaufmann geriert, eine Mitteilungspflicht jedem Interessenten gegenüber, mit dem er kontrahiert, aufzuerlegen. Von dem mittellosen Manne, der in ein Wirtshaus trete, verlange man die Mitteilung seiner Mittellosigkeit unbedingt, sonst strafe man ihn wegen Betruges. Umwievielmehr müsse man nicht von einem Kaufmann eine solche Mitteilung äußerlich unerkennbarer Umstände verlangen, die für sein Geschäftsverhältnis von grundsätzlicher Bedeutung seien. Würde man sich in strenger Praxis dafür entschließen, so würde man den hauptsächlichsten Gefahren der Sicherungsübereignung kräftig entgegentreten. Dann würde aber auch die Lust, dies Geschäft vorzunehmen, bald merklich geringer werden; denn die Heimlichkeit allein sei es, die gerade den Schuldner so sehr geneigt dazu mache."

So annehmbar dieser Vorschlag auf den ersten Blick erscheinen mag, ist er praktisch doch nicht werwertbar. Die Unterlassung einer dem Schuldner obliegenden Offenbarungspflicht könnte doch nur für diesen Rechtsnachteile im Gefolge haben, nicht aber für den Sicherungsgläubiger, der vielleicht ein durchaus anständiger Geschäftsmann ist und dem Schuldner durch ein Darlehn wieder hat aufhelfen wollen. Daß er durch ein pflichtwidriges Handeln dessen, dem er vielleicht Gutes getan, Schaden erleidet, kann nicht angehen, ist auch nicht die Tendenz des Gesetzes und der Rechtsprechung. Überdies ist zu bedenken, daß ein skrupelloser Schuldner sich auch

12) Hoeniger, S. 45.

durch eine Mitteilungspflicht der vorgeschlagenen Art keineswegs zur Offenbarung an den Gläubiger zwingen lassen wird. Ihm wird es gleich sein, ob dadurch die Sicherungsübereignung ungültig wird oder nicht; er hat in den meisten Fällen auch nichts zu verlieren und setzt deshalb gegebenenfalls alles auf eine Karte. Hier müßten schon Strafbestimmungen aushelfen; die des Strafgesetzbuches, die für den einfachen Zechpreller genügen, werden hier mit Rücksicht auf die Kompliziertheit der Fälle meistens versagen. Ob aber auch spezielle Strafbestimmungen den erstrebten Erfolg haben werden, dürfte zweifelhaft sein. Auch ein Zechpreller und Betrüger läßt sich durch die angedrohten Geld- und Freiheitsstrafen von seinem pflichtwidrigen Tun nicht abhalten. Immerhin soll zugegeben werden, daß in einzelnen Fällen eine Besserung bewirkt werden mag.

Wie Hoeniger will auch Möller[13]) durch eine Sonderbestimmung Abhilfe schaffen, ohne die Sicherungsübereignung als solche zu beseitigen. Er erhofft sie von einer erweiterten Auslegung des § 771 der Zivilprozeßordnung dahin, daß das Recht des Sicherungsgläubigrs nicht, wie man es jetzt tut, als ein die Veräußerung hinderndes Recht angesehen wird, sondern nur als ein solches auf vorzugsweise Befriedigung aus den übereigneten Sachen.

Praktisch denkt er sich den Fall so: das übereignete Warenlager wird von dritten Gläubigern gepfändet. Der Sicherungsgläubiger erhebt die Klage aus § 771; die gepfändeten Sachen werden nun nicht an ihn herausgegeben, er wird nur in Höhe seiner Forderung vorab befriedigt, so daß den übrigen Gläubigern der eventuelle Überschuß zur Verfügung steht.

Möller verspricht sich hiervon, daß Schiebungen, die den Zweck haben, den Schuldner im ungestörten Besitz seiner Sachen zu belassen, seltener werden. Hierin ist ihm auch unbedingt beizupflichten, zu bedenken ist jedoch, daß Schiebungen anderer Art hierdurch nicht berührt werden.

In ähnlicher Weise glaubt auch Schmitt[14]) eine Besserung erreichen zu können. Nach seiner Ansicht ist die Sicherungsübereignung, was Schiebungen anbetrifft, auch nicht gefährlcher als

13) Möller, S. 720.
14) Schmitt, S. 1045.

andere Rechtsgeschäfte. — Dies mag richtig sein, ist aber doch kein Grund, um nicht diesen Weg wenigstens in etwas zu versperren. — Da aber jeder dritte Kreditgeber gefährdet wird, schlägt er vor, man solle eine Bestimmung ähnlich der des § 805 der Zivilprozeßordnung treffen, durch die festgelegt werde, daß die Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die übereigneten Sachen betreiben könnten, als wenn sie nicht übereignet wären. Der Sichrungsgläubiger soll in diesem Falle nur einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse haben.

Eine derartige Vorschrift hat nach Schmitts Meinung den Vorzug, daß sie nicht in die übrigen Bestimmungen des Gesetzes störend eingreift, daß sie einfach ist und während der Übergangszeit keine unliebsamen Erscheinungen hervorrufen wird.

Beide Vorschläge beruhen auf ungefähr der gleichen Erwägung, gleichen sich auch in Beziehung auf Mittel und Zweck. Sie sind jedoch nicht geeignet, eine allseitig befriedigende Lösung herbeizuführen. Die Forderung der Erkennbarkeit der vorgenommenen Sicherungsgeschäfte für dritte Kreditgeber bleibt nach wie vor unerfüllt. Das Institut der Sicherungsübereignung bleibt und damit die Möglichkeit, daß der Schuldner sein Warenlager mehrmals übereignet und so seine Gläubiger schädigt. Eine solche Möglichkeit soll jedoch bei gesetzgeberischem Eingreifen so weit es geht ausgeschlossen werden. Zudem geht den nichtgesicherten Gläubigern doch der Hauptwert in der Regel verloren; denn der ev. verbleibende Überschuß wird in der Mehrzahl der Fälle nur in der Theorie bestehen, so daß eine Schädigung der übrigen Gläubiger nach wie vor denkbar ist[15]). Diese soll bei gesetzlicher Regelung der Materie jedoch tunlichst vermieden werden, und das ist, wie gesagt, eben nur durch Maßregeln zu erreichen, die die vom Schuldner vorgenommenen Sicherungsgeschäfte soweit als möglich erkennbar machen; denn wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, kann ein Gläubiger sich von vornherein schützen, indem er sich in keine Geschäftsverbindung mit einem Kreditsuchenden einläßt, der sein Warenlager schon verpfändet hat. Diesen Schutz gewährt eben nur das Register, die Vorschläge Möllers und Schmitts sind hiervon weit entfernt.

15) Vgl. auch Salinger, S. 451.

Sie können bestenfalls erst wirken, wenn die Schädigung der Gläubiger schon eingetreten ist, während die Mobiliarhypothek und die Registerpflicht diese im voraus, soweit es überhaupt möglich, zu verhüten imstande ist.

Ein vorbeugendes Mittel aber ist in jedem Falle besser als ein solches, das eine schon bestehende Krankheit in ihren Folgen wieder beseitigen will. Es ist deshalb unbedingt zu fordern, daß nicht auf halbem Wege stehen geblieben, sondern mit der Sicherungsübereignung ganz gebrochen und an ihre Stelle etwas anderes gesetzt wird, das ihre Vorzüge besitzt, zugleich aber auch ihre Fehler vermeidet.

Will man also gesetzgeberisch vorgehen, so soll man gleich ganze Maßregeln ergreifen und zu dem Zweck die Mobiliarhypothek verbunden mit Registerzwang einführen.

Dann wird auch der Sicherungsgläubiger ein Interesse daran haben, daß die Eintragung der Belastung in das Register erfolgt; denn nur in dem Falle darf sie gültig sein, sie darf also erst durch die Eintragung rechtswirksam zur Entstehung gelangen.

Daß durch die vorgeschlagene Regelung die der Sicherungsübereignung anerkanntermaßen anhaftenden Mängel größtenteils vermieden werden, kann kaum zweifelhaft sein. Höchstens könnte man einwenden, die Sicherungsbestellung sei erschwert und mit früher nicht entstandenen Kosten verbunden. Ob aber diese Erschwerung nicht eher einen Vorteil als einen Nachteil bedeutet, weil sie zu einer sorgfältigen Behandlung der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte in jedem Falle Anlaß geben wird, mag dahingestellt bleiben.

Auf jeden Fall bedeutet die vorgeschlagene Regelung doch einen Fortschritt. Daß auch die Mobiliarhypothek nicht allen Wünschen gerecht werden kann, soll nicht bestritten werden. Doch darf diese Erkenntnis nicht davon abhalten, zunächst das einzuführen, was als Fortschritt anerkannt werden muß. Ein weiterer Ausbau des vorgeschlagenen Weges wird allmählich eine für alle Teile, Schuldner, Sicherungsgläubiger und Dritten, befriedigende Lösung bringen.

I V
B